Beiträge zur Lehre von der Erbenhaftung vor der Nachlaßteilung.

(Unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung und der prozessualen Lage).

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LEGIS RAT. BIBL.

vorgelegt von

Jakob Salz

aus Posen

Referendar am Königl. Amtsgericht zu Münsterberg.

Approbiert am 7. Dezember 1908.

Breslau.
Druck von Emil Winter.
1909.

91

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Meinen lieben Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. I. Begrenzung des Themas 11

II. Art der Haftung mehrerer Erben für eine Nachlaßverbindlichkeit insbesondere bei einem Anspruche auf Leistung eines Nachlaßgegenstandes.

§ 2. 1. Geschichtliche Entwicklung . . . . . 12—25

2. Standpunkt des geltenden Rechts.

§ 3. a) die Art der Haftung der Erben gegenüber einem Nachlaßgläubiger . . . . . 26—43

aa) Materiellrechtliche Lage . . . . . 26—29

α) Haftung der Erben als Gesamtschuldner.

β) Haftung der Erben als Gesamthandsschuldner.

bb) Prozessuale Lage . . . . . 29—43

α) Geschichtliche Entwicklung des Begriffs der notwendigen Streitgenossenschaft.

β) Die Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 C. P. O.

γ) Anwendung des § 62 für den Fall der Inanspruchnahme der Erben

α_1) als Gesamtschuldner,

β_1) als Gesamthandsschuldner.

§ 4. b) Geltung der Haftungsvorschriften im Falle einer Klage auf Leistung eines Nachlaßgegenstandes . . . . . 43—50

III. Anwendung auf den Fall einer Klage auf Abgabe einer Willenserklärung zum Zwecke der Auflassung eines zum Nachlasse gehörigen Grundstücks.

§ 5. 1. Die Klage auf Erteilung der Auflassung als Klage auf Leistung einer im Nachlasse befindlichen Sache . . . . . 50—57

§ 6. 2. Prüfung der Frage, ob die durch das Urteil ersetzte Erklärung eine Verfügung enthält . . 58—65

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542703_0057

Literatur-Verzeichnis.

Albrecht, Die Gewere. Königsberg 1828.

Amelunxen, Die sogenannte notwendige Streitgenossenschaft der deutschen Zivilprozeßordnung. Mannheim 1881. Inaug.-Diss. Universität Tübingen.

Arndt's Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart 1874 und 1886.

Behrend, Anevang und Erbengewere. Berlin 1885.

Bendix, Zur Auslegung des § 873 B. G. B. In Seuffert's Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 68. Erlangen 1903.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben. 2. Teil. Leipzig 1903. 3. Teil. Leipzig 1905.

— Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1907.

Bingner, Bemerkungen zu dem 2. Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich im sächsischen Archiv f. bürgerl. Recht und Prozeß, V. Bd. Leipzig 1895.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Berlin 1866.

— System des gemeinen deutschen Privatrechts. I. Band. Leipzig 1847.

— System des gemeinen deutschen Privatrechts. I. Abteil. Berlin 1873.

Colomb, Über das Rechtsverhältnis der Miterben bei noch ungeteilter Gemeinschaft. In Seuffert's Bl. f. Rechtsanwendung. Bd. 65. Erlangen 1900.

Cosack, Gutachten über die Frage: Welche Grundsätze sind in dem künftigen deutschen Gesetzbuche über das Verhältnis der Miterben und ihre Auseinandersetzung aufzustellen. In Verhandlg. des 20. deutschen Juristentags. I. Bd.

— Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd. Jena 1898. II. Bd. Jena 1900.

Dernburg, Familienrecht und Erbrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs. Halle a./S. 1896.

— Deutsches Erbrecht. Halle a./S. 1905.

Duncker, Das Gesamteigentum. Marburg 1843.

Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht in Gruchots Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts. Band 47. Berlin 1903.

Eck, Die Stellung des Erben: In Becker u. Fischer. Berlin 1890.

Enneccerus und **Lehmann,** Das bürgerliche Recht. II. Band. Marburg 1898.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung. Berlin 1899.

Fischer, Recht und Rechtsschutz. Berlin 1889. In Becker und Fischer Heft 6.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. München 1906.

Fitting, Der Reichszivilprozeß. Berlin 1893.

— Zur Auslegung der Reichszivilprozeßordnung. Im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 61. Tübingen und Leipzig 1878.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts IV. Bd. Berlin 1888.

Francke, Zur Erbengemeinschaft. In Seuffert's Bl. f. Rechtsanwend. Bd. 65. Erlangen 1900.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung des deutschen Reichs. I. Bd. Tübingen 1906. II. Bd. Tübingen und Leipzig 1902.

Gerber, System des deutschen Privatrechts. Jena 1873.

Gierke, Deutsches Privatrecht. I. Bd. Leipzig 1895.

— Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurf eines B. G. B. f. d. deutsche Reich. Berlin 1889. In Becker und Fischer.

— Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Reich. Leipzig 1889.

Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigentum. Halle 1864.

Hachenburg, Die besondere Streitgenossenschaft. Mannheim 1889.

— Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Mannheim 1900.

Hasse, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft nach deutschem Privatrecht. Kiel 1808.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.

Homeyer, Des Sachsenspiegels II. Teil. Bd. II. Berlin 1844.

Kipp, Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen. Kiel und Leipzig 1892.

Kisch, Begriff und Wirkung der besonderen Streitgenossenschaft. Diss. Kaiser Wilhelms-Universität Straßburg 1899.

Koch, Das preußische Erbrecht. Berlin 1866.

— Schlesisches Archiv. IV. Bd. Breslau 1841.

Kress, Die Erbgemeinschaft. Jena 1903.

Kroll, Klage und Einrede nach deutschem Recht. Berlin 1884.

Kuntze, Prinzip und System der Handelsgesellschaften. In Goldschmidt's Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. VI. Bd. Erlangen 1863.

Lux, Die Notwendigkeit d. Streitgenossenschaft. München 1906.

Maurenbrecher, Lehrbuch des gesamten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts. Bonn 1840.

Ostermann, Das Miterbenverhältnis nach dem B. G. B. und dem gemeinen Recht. Inaug.-Diss. Universität Greifswald 1903.

Pernice, In der krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft. XI. Bd. München 1867.

Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht. Göttingen 1847.

— Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. In der D. J. Z. 4. Jahrg. Berlin 1899.

— Bürgerliches Gesetzbuch. I. Bd. Berlin 1898, 1900, III. Bd. Berlin 1906, V. Bd. Berlin 1902.

Präjudizien des Königlichen Obertribunals I. Abteil. 1832—1848. Berlin 1856.

Predari, Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1899.

Rechtsprechung der OLG. V. Bd. Leipzig 1902. IX. Bd. Leipzig 1904.

Rehbein-Reincke, Allgemeines Landrecht f. d. preußischen Staaten. Berlin 1889.

Das Recht. 10. Jahrgang 1906. Hannover.

Seeler, Das Miteigentum nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. Halle a./S. 1899.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung 8. Aufl. München 1902. 9. Aufl. München 1904.

Sohm, Die deutsche Genossenschaft. Leipzig 1889.

Staudinger, Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch. München 1901.

Stobbe, Über das Eintreten des Erben in die obligatorischen Verhältnisse des Erblassers nach deutschem Recht. I. Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts. V. Bd. Leipzig 1862.

— Handbuch d. deutschen Privatrechts. III. Bd. Berlin 1878.

— Zur Geschichte d. deutschen Vertragsrechts. Leipzig 1855.

— Miteigentum und gesamte Hand in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. IV. Bd. Weimar 1864.

Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. Berlin 1900.

Strützky, Gutachten in Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages. I. Bd. Berlin 1889.

Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages. IV. Bd. Berlin 1889.

Wachenfeld, Die notwendige Streitgenossenschaft. Hannover 1894.

Wächter, Pandekten II. Leipzig 1881.

Warmuth, Von der Streitgenossenschaft nach der deutschen ZPO. In Busch's Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß. I. Jahrg. Berlin 1879.

Warnkönig, Beiträge zur Geschichte u. Quellenkunde des Lüttischer Gewohnheitsrechts. Freiburg 1838.

Wendt, Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Im Archiv für ziv. Pr. Band 86. Freiburg i./Br. und Leipzig 1896.

Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses. Leipzig 1878.

Wilmowski-Levy, Zilvilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich. Berlin 1889.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. II. Bd. Frankfurt a./M. 1906.

§ 1.

Bevor ich auf mein Thema eingehen kann, habe ich mit ein paar Worten seinen Umfang zu kennzeichnen. Ich will mich im folgenden mit der Frage beschäftigen, wie sich vor der Nachlaßteilung die Haftung mehrerer Erben gegenüber einem Nachlaßgläubiger, der einen Anspruch auf Leistung einer im Nachlasse befindlichen Sache geltend macht, gestaltet, insbesondere wenn einige Miterben dem Anspruche genügen wollen, einige nicht. Hierbei wird man jedoch zu unterscheiden haben, ob der Nachlaßgläubiger die Übertragung des Eigentums an irgend einer beweglichen Nachlaßsache, z. B. einem Buche, oder an einem zum Nachlasse gehörenden Grundstücke fordert, da sich im letzteren Falle gewisse Besonderheiten daraus ergeben, daß der Gläubiger nicht auf Übertragung des Eigentums schlechthin, sondern auf Abgabe einer für die Auflassung erforderlichen Willenserklärung klagt. Die Erledigung dieses Punktes bedingt aber zunächst einmal ein Eingehen auf die Frage, welcher Art überhaupt die Haftung der Erben gegenüber einem Nachlaßgläubiger ist — und zwar solange der Nachlaß noch ungeteilt ist —, wobei auch zu berücksichtigen sein wird, daß die verschiedene Art der Haftung Einfluß auf die Gestaltung der prozessualen Lage hat. Auf den Umfang der Haftung kommt es hierbei nicht an; ich werde daher hierauf nur mit ein paar Worten zu sprechen kommen.

§ 2.

Zunächst ist auf die nach römischem Rechte geltenden Vorschriften über die Haftung der Miterben einzugehen. Bezüglich des Umfanges der Haftung sei kurz bemerkt, daß im ältesten römischen Recht der Erbe (für mehrere Erben gilt entsprechendes), nachdem er einmal die Erbschaft angetreten hatte, für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, d. h. auch mit seinem Privatvermögen haftete; erst Justinian gab durch Einführung des beneficium inventarii einem Erben die Möglichkeit, durch Errichtung eines Inventares seine Haftung zu beschränken. Sehr einfach gestaltete sich die Haftungsart bei den gewöhnlichen Erbschaftsforderungen bezw. Erbschaftsschulden, indem auch hier das römische Recht getreu seiner individualistischen Auffassung an den Nachlaßforderungen resp. Nachlaßschlulden für jeden Erben, soweit wie möglich. Sonderrechte bezw. Sonderpflichten entstehen ließ. Das unterscheidende Merkmal liegt in der Teilbarkeit bezw. Unteilbarkeit der Nachlaßansprüche. Für teilbare Nachlaßschulden oder Nachlaßforderungen gilt der schon in den XII Tafeln sich findende Satz: nomina sunt ipso iure divisa (in l. 6. cod. fam. erc. 3,36. heißt es: ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones heredit arias ex lege duodecim tabularum divisa sunt). Die eine Forderung, die eine Schuld zerfallen damit in mehrere von einander unabhängige Obligationen und zwar derart, daß die dem einzelnen Erben am Nachlaß zustehende Quote den Maßstab für die Teilung bildet. Unteilbare Forderungen kann jeder Miterbe in solidum geltend machen, l. 25 § 9 D. 10,2: singuli in solidum habent actionem; für unteilbare Schulden haftet der Miterbe in solidum l. 1 pr. D. 50,17: solida a singulis debentur. Ebenfalls eine Teilung, aber anderer Art, tritt bei den dinglichen Rechten, deren körperliche Objekte nicht von selbst in reale Teile

zerfallen, ein. Diese Rechte sind selbst regelmäßig intellektuell teilbar und stehen auch sofort den Miterben zu idellen Anteilen, partes pro indiviso, zu. (Vgl. l. 8, l. 17. C. fam. erc. 3,36). Da aber hierdurch das Objekt des dinglichen Rechtes nicht selbst reell geteilt wird, so entsteht eine gewisse Verbindung zwischen den Rechten der Erben; es tritt unter ihnen eine communio, ein Miteigentumsverhältnis ein; diese communio hereditatis, wie man sie nennen kann, unterscheidet sich jedoch nicht von einer gewöhnlichen communio incidens. Wie jeder Miteigentümer, so kann auch der conheres über seine Quote an der einzelnen Erbschaftssache frei verfügen, er kann sie an einen Miterben (l. 6 § 9 D. 10,3) oder an irgend einen Dritten verpfänden, verkaufen oder sonst veräußern. (Arg. l. 1,2 C. de comm. rer. alien. 4,52). Steht nun einem Nachlaßgläubiger das Recht zu, von den Miterben zu verlangen, ihm das Eigentum an einer derartigen Nachlaßsache, z. B. einem Grundstücke, das übrigens nach römischem Recht zu den teilbaren Sachen gehört, zu übertragen, so kann er jeden Erben auf die ihm an dem betreffenden Nachlaßgegenstande zustehende Quote belangen, insofern gelte also auch hier der Satz nomina sunt ipso iure divisa.

Wesentlich anders gestaltet sich die Art der Haftung nach deutschem Privatrecht. Wenn man auch hier zunächst einen kurzen Blick auf den Umfang der Haftung werfen will, so wird man zu sagen haben, daß zur Zeit der Volksrechte — besonders gehören hierher das Langobardische Recht, das ihm nahestehende Westgotische Recht, das Burgundische und das die Haftung am weitesten ausdehnende Ripuarische Recht — die Erben mit dem ganzen Nachlasse, d. h. mit der beweglichen Habe wie mit den Grundstücken für die Schulden des Erblassers haften,[1] hier und dort

[1]) Vgl. Stobbe im Jahrb. d. gem. deutschen Rechtes S. 303, ff.

sogar mit dem eigenen Vermögen, wenn sie den Nachlaß nicht den Gläubigern überantworten. Im Sachsenspiegel I. 6 § 2 finden wir die Beschränkung der Haftung auf die Mobilien des Nachlasses. Wie den übrigen mittelalterlichen Rechtsquellen zu entnehmen ist, haften aber die Erben ebenfalls mit dem ganzen Nachlasse, so das Hamburger Recht von 1270 I. 19, Freiberger Stadtrecht I. 17 u. a. m. Bevor jedoch nun in die Erörterung der Frage nach der Art der Haftung eingetreten werden kann, ist auf das unter den Erben bestehende Verhältnis einzugehen, da jene Frage auf dieser basiert. Nach Hasse[1]) und Albrecht[2]) bildeten die Erben in ihrer Gemeinschaft eine juristische Person, oder, wie Maurenbrecher sagt, wirkliche Gemeinheiten[3]) (universitates), eine Ansicht, die schon deshalb nicht haltbar ist, weil die einzelnen Erben und nicht eine über ihnen stehende Person Träger von Rechten und Pflichten sind. Sehr bestritten ist dagegen die Frage, ob die Erbengemeinschaft unter den Begriff der römischen societas falle, oder unter den Begriff der gesamten Hand zu subsumieren sei. Das Wesen der societas besteht darin, daß den einzelnen Rechtssubjekten, den socii, an dem Vermögen der societas selbstständige ideelle Teile, über die sie frei verfügen können, zustehen; das Wesen der gesamten Hand besteht jedoch darin, daß eine Sache, ein Recht weder jedem ganz noch den einzelnen zu bestimmten Quoten, sondern vielmehr allen zusammen zusteht; handelt es sich um eine Verbindlichkeit zu gesamter Hand, so sind alle zusammen zu leisten verpflichtet, und es hat nicht jeder einen bestimmten Teil zu leisten. So sagt Stobbe[4]) sehr

---

[1]) Hasse, „Beitr. z. Revision d. bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft nach deutschem Privatr." § 30 a. E.

[2]) Albrecht, „Die Gewere" S. 243, ff.

[3]) Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Privatrechts § 173 a. E.

[4]) Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 147.

treffend: „Das Resultat ihrer Verpflichtung ist, daß das Ganze geleistet wird, ohne daß die Verflichtung des Einzelnen bestimmt abgegrenzt ist. Nur das Objekt der Leistung ist für alle bestimmt, der faktischen Ausführung bleibt es überlassen, wiewiel davon auf den Einzelnen fällt". Duncker[1]) bemüht sich nachzuweisen, daß für die deutschrechtliche Erbengemeinschaft die Vorschriften der römischrechtlichen communio Anwendung zu finden hätten; er stellt die Behauptung auf, daß im deutschen Rechte für das gemeinschaftliche Eigentum mehrerer an derselben Sache die Grundsätze des römischen Rechts gelten, daß ein Miteigentum nach ideellen Quoten vorliege. Ein kleines Zugeständnis ist es allerdings, wenn er erklärt, „daß manche Verhältnisse des deutschen Rechts nicht haarscharf unter den Begriff der communio oder universitas passen", er lehnt aber trotzdem die Berechtigung, das Institut der Erbengemeinschaft des deutschen Rechts aus anderen, als römischen Gesichtspunkten erklären zu wollen, mit aller Entschiedenheit ab. Homeyer[2]) gibt zwar zu, daß die Grundsätze der römischen communio auf die Erbengemeinschaft nicht anwendbar seien, er leugnet auch nicht einen zwischen universitas und communio liegenden Begriff, behauptet aber, daß die Erbengemeinschaft des deutschen Rechtes „in dem Raume zwischen der universitas und der communio ihre Stelle viel näher an der letzteren habe", also auch hier die Beziehung zum römischen Recht. Das Gesamteigentum als ein condominium plurium in solidum aufzufassen, wie es manche Verteidiger des Gesamteigentums mehr oder minder offen getan haben, erscheint schon deswegen verfehlt, da ein solches condominium eine juristische Unmöglichkeit ist. Alle diese Versuche, das Wesen der Erbengemeinschaft aus dem römischen Recht er-

[1]) Duncker, Das Gesamteigentum S. 16 f.
[2]) Homeyer, Sachsenspiegel 2. Teil, Bd. II, S. 464.

klären zu wollen, wird man jedoch als gescheitert betrachten müssen, besonders wird man es zurückzuweisen haben, wenn, wie von Duncker und Gerber, behauptet wird, daß dem deutschen Recht überall der Gedanke der ideellen Quotenteilung zu Grunde liege, und daß es ihm nur nicht gelungen sei, sich zur Klarheit durchzuringen; denn das deutsche Recht kannte das Miteigentum und die gesamte Hand gleichzeitig nebeneinander, es wollte beide von einander scheiden, wie auch ein Magdeburger Schöffenurteil (Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen I, S. 432 Kap. 87) zeigt. Man wird daher mit Beseler[1]) und Gierke[2]) (vgl. auch Kuntze, Zeitschr. f. Handelsrecht VI, S. 209 f.) zu sagen haben, daß sich hier in der Tat ein dem römischen Recht fremdes Prinzip, nämlich das der gesamten Hand, herausgebildet hat. Freilich ist es nicht möglich, dem römischen Miteigentum das deutsche Gesamteigentum als ein in sich abgeschlossenes, nach feststehenden Regeln zu behandelndes Institut entgegenzustellen. Das mittelalterliche Recht war viel zu zerrissen, als daß es eine einheitliche Gestalt hätte annehmen können, und so finden wir bald Fälle, in denen das Gesamteigentum streng durchgeführt ist, bald solche, in denen es dem Miteigentum mehr oder minder nahe kommt. Die Vorschriften über das einfache Miteigentum unter Erben sind aber doch spärlicher als die über das Gesamteigentum. Von einem unter Erben herrschenden Miteigentumsverhältnis, bei dem jeder Erbe über seinen ideellen Teil frei verfügen kann, spricht z. B. das Capitulare Ludwigs d. Fr. a. 817 c. 6. Demgegenüber steht nun das Gesamteigentum der Erben. Hier steht das Eigentum den Erben in ihrer Gemeinschaft zu, sogar auch die Nutzungen ziehen sie

[1]) Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, I. Abteilung S. 249.

[2]) Gierke, Deutsches Privatrecht, I. Bd., § 80.

gemeinschaftlich, ohne eine Teilung nach Quoten vorzunehmen; jeder erhält, was er braucht, gleichviel, ob seine Bedürfnisse die des andern übersteigen oder nicht. Um diese Gemeinschaft zum Ausdruck zu bringen, sagen die Quellen, daß die Gesamthänder „ein" Brot, „einen Rauchfang" haben, oder wie es in einem Magdeburger Schöffenurteile (Wasserschleben, Sammlung I, S. 43) heißt: Zwei Bauern sitzen in eyme ungesunderten bire unde brote. Vgl. ferner Homeyer, Sachsenspiegel II, 2, S. 458. Ursprünglich war eine solche Gemeinschaft des Lebens und Haushaltes erforderlich, und gerade dieses Erfordernis erfüllte das germanische Erbrecht. Das germanische Erbrecht geht von der Hausgenossenschaft aus; starb der Hausvater unter Hinterlassung mehrerer gleichberechtigter Erben, so traten diese an die Stelle des Verstorbenen. Das Hausvermögen, das bisher dem Hausvater als Alleineigentümer zugestanden hatte, gehörte nun den Erben zusammen; es stand der gesamten Hand der Miterben zu. Weil sich die Erbengemeinschaft als der häufigste Fall der gesamten Hand darstellt, sprechen die Quellen von den Gesamthändern als von coheredes und deutsch Erbegaten, d. h. Erbgenosse, z. B. Verm. Ssp. I. 20. d. 8: „Siczt ein man mit sime erbegaten noch sines vater tode mit deme gute" . . Nur das Verhältnis der Erbengemeinschaft nach außen findet durch das Gesamthandsprinzip seine Regelung; für das Innenverhältnis finden sich keine Vorschriften, vielmehr überließ man dessen Regelung in Erwägung der zwischen den Gesamthändern bestehenden engen Beziehungen dem Willen der durch die gesamte Hand Verbundenen[1]). Davon tat man dann später einen Schritt weiter. Als die gesamte Hand über die Wirtschaftsgemeinschaft hinauswuchs und ihr damit die Grundlage, das gegenseitige Vertrauen, mehr oder minder entzogen wurde, gelangte man dazu, im Ver-

[1]) Vgl. hierzu Stobbe, i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. S. 214 f.

hältnis der Gesamthänder unter einander Teile der einzelnen an den Nutzungen, nicht aber am Gute anzunehmen; nach außen aber bestand die Gesamtheit unverändert fort. Nach wie vor ist die Gesamtheit Träger der am Gesamtgut haftenden Rechte und Pflichten.[1]) Hieraus ergibt sich nun auch die Haftungsart gegenüber einem Nachlaßgläubiger. Ein solcher Gläubiger kann sich nur an alle gemeinschaftlich halten; einen der Gesamthänder auf das Ganze oder jeden zu einem bestimmten Teile haftbar zu machen, ist ihm verwehrt. Aber hierbei ist das deutsche Recht nicht stehen geblieben und zwar mit Rücksicht auf den Gläubiger. Es wurde ihm freigestellt, wie er Befriedigung für seine Forderung finden wolle, und zwar gehen die Quellen hierin auseinander: nach den einen konnte er einen Gesamthänder allein oder auch mehrere auf das Ganze in Anspruch nehmen, nach den anderen dagegen haftet jeder Miterbe nur in Höhe der auf ihn entfallenden Quote. Aus einigen Stellen können wir entnehmen, daß die Erben für die Schulden des Erblassers nur pro rata einzustehen hatten; diese Stellen geben uns aber keinen Aufschluß darüber, ob der Gläubiger jeden Einzelnen nur pro rata in Anspruch nehmen durfte, oder auch jeden auf das Ganze, wobei dann der auf diese Weise belangte Erbe gegen seinen Miterben Regreß nehmen konnte. So heißt es im Ed. Roth. c. 385 in quoda portionem patri vel fratris heredis successerit, ita et devitum persolvat.[2]) In den Goslarer Statuten findet sich S. 6 Ziffer 27 die Stelle: „Nemet twene man en erve up, manlik scal ghelden na marktale". Daß der Nachlaßgläubiger von jedem von mehreren Miterben Zahlung der ganzen Verbindlichkeit fordern durfte, ergibt sich unzweideutig aus einer Stelle des Lütticher Rechts des 16. Jahrhunderts

[1]) Stobbe, in Zeitschrift S. 244 ff.
[2]) Vgl. Stobbe, Jahrbuch S. 316 ff.

§ 143[1]): Creditor potest unum ex pluribus apprehensoribus bonorum defuncti pro debito defuncti convenire, estque in eius arbitrio unum solum pro toto, aut omnes pro totis in ius vocare. In den meisten Fällen wird sich der Gläubiger wohl an diejenigen gehalten haben, von denen er befriedigt zu werden glaubte, bei nicht offensichtlicher Zahlungsunfähigkeit Einzelner wird er aber zunächst von jedem der Gesamthänder den seiner Erbquote entsprechenden Teil der Verbindlichkeit gefordert haben. Eine Gefahr war für ihn damit nicht verbunden; falls ihn nämlich einer der Gesamthänder nicht befriedigte, stand ihm der Rückgriff auf die andern immer noch offen, denn es galt ja der Grundsatz, daß alle für das Ganze haften. Jeder Einzelne wurde, auch wenn er seine Quote bezahlt hatte, erst mit Tilgung der ganzen Schuld frei.[2]) Und dieser Gedanke gerade ist es, der den Unterschied zwischen der deutschrechtlichen und römischrechtlichen Auffassung kennzeichnet. Während nach römischem Recht die Miterben nur in Höhe des auf sie entfallenden Teiles der Nachlaßverbindlichkeit haften und die Insolvenz eines Miterben der Gläubiger zu tragen hat, werden die Miterben nach deutschem Recht erst frei, wenn die ganze Schuld getilgt ist; sie haben dementsprechend den Ausfall, den der Gläubiger bei Zahlungsunfähigkeit eines Miterben erleidet, zu tragen. Es sei noch darauf eingegangen, inwieweit das Versprechen des Erblassers an einen dritten, ihm ein Grundstück aufzulassen, den Erben bindet. Es läßt sich mit verschiedenen Stellen belegen, daß dieses Versprechen den Erben nicht verpflichtet. So sagt der Sachsenspiegel: I. 9 § 1: Stirft aver jene de't laten solde, sin sone n 'is nicht plichtich to latene, he ne hebbe't

[1]) Bei Warnkönig, Beitr. zur Gesch. und Quellenkunde des Lütticher Gewohnheitsrechts S. 167.

[2]) Vgl. hierzu die in Stobbe zur Geschichte d. d. Vertragsrechts S. 161, 162 angeführten Stellen, ebenso das S. 163 wiedergegebene Urteil.

selve gelovet oder bürgen vor gesat. Im sächsischen Lehnrecht 55 § 1 findet sich die Stelle: Die man n' is nicht plichtich to lestene sines herren gelovede; noch dat kint sines vader umme sin gut to latene.[1]) Dies erklärt sich daraus, daß der Erbe gegen die noch zu Lebzeiten des Erblassers vorgenommene Grundstücksübertragung Einspruch erheben, bezw. sie widerrufen konnte; dieses Recht mußte ihm nach dem Tode des Erblassers in entsprechender Weise zustehen und fand seinen Ausdruck darin, daß der Erbe durch das Versprechen der Auflassung nicht verpflichtet wurde. Sollte das Grundstück auf Grund eines Kaufvertrages aufgelassen werden, und hatte der Käufer den Preis bereits bezahlt, so hatte diesen der Erbe, wenn er die Auflassung nicht vornehmen wollte, zu restituieren.

Während sich das gemeine Recht eng an das römische Recht anschließt, ohne wesentliche Unterschiedsmerkmale aufzuweisen, vertritt das preußische Landrecht den deutschrechtlichen Standpunkt. Nach preußischem Landrecht haben wir Erben unter Vorbehalt und solche ohne Vorbehalt zu unterscheiden. Die Antretung einer Erbschaft kann, wie das A. L. R. I. 9 § 413 sagt, mit oder ohne Vorbehalt der Rechtswohltat des inventarii geschehen. Zunächst haftet jeder Erbe beschränkt, er hat einzig und allein mit dem Nachlaß für die Schulden des Erblassers einzustehen, und zwar gilt jeder Erbe, auch der, der den Vorbehalt nicht ausdrücklich gemacht hat, gesetzlich als Vorbehaltserbe (A. L. R. I. 9 §§ 420, 421). Und nur, wenn der Erbe der Rechtswohltat des Inventars verlustig geht oder ausdrücklich verzichtet, haftet er, worauf unten noch einzugehen ist, ohne Einschränkung. Bezüglich der Art der Haftung spricht das A. L. R. in I. 17 § 127 den Grundsatz aus: Zu den die Erbschaft betreffenden Schulden und Lasten sind die Erben gegen

[1]) So Stobbe, Jahrbuch d. gem. d. Rechts S. 331.

die Erbschaftsgläubiger gemeinschaftlich verpflichtet. Diese Vorschrift bezieht sich, wie Dernburg[1]) richtig hervorhebt, vorzugsweise auf den Fall des Erwerbs der Erbschaft unter Vorbehalt bei noch nicht vollzogener Teilung des Nachlasses. Wenn § 127 von „gemeinschaftlicher" Verflichtung spricht, soll damit nicht gesagt sein, daß die Erben solidarisch haften, sondern vielmehr, daß sie nur zusammen, nicht einzeln belangt werden können, so ist es auch in dem Plenarbeschluß des Obertribunals vom 1. Mai 1837 Entsch. Bd. IV. S. 302 deutlich ausgesprochen[2]).

Während damit der Grundsatz des römischen Rechts „nomina sunt ipso iure divisa" unstreitig abgelehnt ist, wurde die Frage darnach, ob dem Miterben an jeder einzelnen Nachlaßsache ein seiner Erbquote entsprechender Anteil zusteht, Gegenstand lebhaften Streites. Das Obertribunal nahm hierzu Stellung, indem es in einem Plenarbeschluß[3]) vom 16. März 1857 erklärte: „Jedem Einzelnen von mehreren Miterben steht während der Fortdauer ihrer Gemeinschaft ein bestimmter verhältnismäßiger Anteil an jedem einzelnen Nachlaßstücke als sein besonderes Eigentum nicht zu. Erst durch die Erbteilung kann unter mehreren Miterben der Einzelne ein freies Dispositionsrecht über einzelne Nachlaßgegenstände oder Teile derselben erlangen; während der bestehenden Gemeinschaft steht aber bezüglich auf einzelne Erbschaftsstücke überhaupt und die Nachlaßgrundstücke insbesondere ihm daran noch kein nach Verhältnis seiner Erbquote bestimmter Anteil als sein besonderes Eigentum zu. Vor der Teilung kann er daher auch

[1]) Dernburg, Familien- und Erbr. d. Privatrechts Preußens u. d. Reichs S. 708.

[2]) Vgl. ferner Rehbein-Reincke, Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten II. Bd. Anm. zu § 127. Ebenso Gruchot, Beitr. 24 S. 1011.

[3]) Vgl. den Plenarbeschluß Justizministerialblatt 1857/1858 S. 161 f.

nicht mit einem seiner Erbquote entsprechenden Anteile an einem Nachlaßgrundstücke seinem Gläubiger für dessen Forderung an ihn giltige Hypothek bestellen." Dieser zum Teil heftig angegriffene Standpunkt[1]) des Obertribunals wurde von der Praxis stets festgehalten (vgl. z. B. Gruchot, Beitr. Bd. 24 S. 454 f.) und mit Rücksicht darauf, daß die Erben auch nur in ihrer Gesamtheit zur Vertretung des Nachlasses aktiv (A. L. R. I. 17 § 151) wie passiv (I. 17 § 127) befugt sind, wohl zu Recht. Bei vorbehaltlosen Erben gestaltet sich die Haftung etwas anders. Den Nachlaßgläubigern ist auch hier die Möglichkeit gegeben (es handelt sich wiederum um die Zeit vor der Teilung) die Miterben als solche gemeinsam zu belangen. Sie können sich aber auch an jeden einzelnen persönlich halten, allerdings nur nach Verhältnis des Erbteils des Einzelnen. In einem Präjudiz[2]) des Obertribunals heißt es darüber: „Vor der Teilung muß der Erbschaftsgläubiger die sämtlichen Erben, auch wenn sie auf die Rechtswohltat verzichten, oder sich derselben verlustig gemacht haben, gemeinschaftlich beim Gerichtsstande der Erbschaft belangen, sobald er eine Befriedigung aus dem Nachlasse verlangt; wenn er aber vom Nachlaß abstrahieren und das ihm gleichfalls verhaftete eigene Vermögen der unbedingten Erben in Anspruch nehmen will, kann er zwar die Erben ohne Vorbehalt auch einzeln vor erfolgter Teilung belangen, jedoch nur auf ihren Erbteil und in ihrem persönlichen Gerichtsstande." Daß dann, wenn ein Nachlaßgläubiger persönlich haftende Erben mit ihrem eigenen Vermögen in Anspruch nimmt, die in Anspruch genommenen

[1]) Vgl. z. B. Göppert, Beitr. zur Lehre vom Miteigentum S. 82 ff.; dafür haben sich ausgesprochen u. a. Koch, Das preuß. Erbrecht S. 1205; Koch, Schles. Arch. Bd. IV S. 16; Dernburg a. a. O. § 238.

[2]) Präj. 938 vom 10. Oktober 1840 (Präjudizien des Kgl. Ober-Tribunals I. Abt. 1832—1848, Berlin 1856) S. 99.

nicht etwa solidarisch haften, geht schon daraus hervor, daß das A. L. R. an keiner Stelle von einer derartigen Solidarhaftung der Erben spricht, und doch sind sonst die Fälle, in denen es sich um solidarische Schuldverhältnisse handelt, speziell aufgezählt und erörtert. Es greifen hier die Bestimmungen Platz, die für die Gemeinschaft gelten, und nach diesen haften die Gemeinschafter immer nur pro rata.[1])

Abgesehen von diesen immerhin die Ausnahme bildenden Fällen, sind also die Erben einem Nachlaßgläubiger stets nur gemeinschaftlich verpflichtet; damit wäre auch für den Gläubiger der Weg vorgeschrieben für ein klageweises Vorgehen gegen die Erben, gleichgiltig, ob es sich um eine Geldforderung oder um eine Forderung auf Leistung einer individuell bestimmten, im Nachlasse befindlichen Sache handelt. Die Rechtsprechung war freilich hierin nicht immer gleich konsequent. So wird in einer Entscheidung des Königlichen Obertribunals Band 44 S. 93 ein Kläger, der von 5 Erben nur 4 wegen Zahlung seiner durch das Begräbnis des Erblassers erwachsenen Stolgebühren in Anspruch genommen, weil er sich mit dem 5. Erben bereits geeinigt hatte, angebrachtermaßen abgewiesen. „Der Kläger", heißt es, „kann sämtliche Erben nur gemeinschaftlich in Anspruch nehmen." Dagegen ist es in dem Präjudiz[2]) No. 727 vom 18. August 1839 für zulässig erklärt, daß ein Erbschaftsgläubiger, der sich „Im Laufe der Instruktion" mit einem der Miterben über dessen Anteil an der Schuld vergleicht, seinen Anspruch gegen diesen Erben fallen läßt und den Prozeß nur gegen die übrigen Miterben weiter fortführt; allerdings hatte er hier insofern die Vorschriften des § 127 befolgt, als er seine Klage anfänglich gegen sämtliche Erben gerichtet hatte. Noch weiter aber

[1]) Vgl. Koch, Das Preußische Erbrecht S. 1206 ff.

[2]) Präjudizien des Königlichen Ober-Tribunals I. Abt. 1832 bis 1848 S. 98.

geht eine Entscheidung des RG.[1]): Hier ist von dem Erfordernis, alle Erben zu einem Rechtsstreit zuzuziehen, abgesehen, weil eine Miterbin sich im Voraus den Klageanträgen schriftlich unterworfen hatte. Vgl. schließlich noch Dernburg, a. a. O. S. 709.

Das französische Recht folgt dem römischen. Ebenso das sächsische Recht. In dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen enthält § 2324 die Bestimmung: „Mehrere Erben haften, soweit nicht unter ihnen ein Gesamtschuldverhältnis begründet ist, nach Verhältnis der Größe ihrer Erbteile den Erbschaftsgläubigern, unbeschadet der besonderen Rechte der Pfandgläubiger", und in § 2347 ist bestimmt, daß „Forderungen und Verbindlichkeiten der Erbschaft als nach Verhältnis der Erbteile geteilt zu betrachten sind; doch können einzelne Forderungen und Verbindlichkeiten zum Zwecke der Ausgleichung einem Miterben überwiesen werden; es finden dabei die Vorschriften über die Abtretung der Forderungen und über Schuldannahme Anwendungen." Siehe ferner §§ 2390, 1185 und 1289.

In dem allgemeinen B. G.-B. für das Kaisertum Österreich heißt es dagegen in § 820: „Mehrere Erben, welche eine gemeinschaftliche Erbschaft ohne die rechtliche Wohltat des Inventariums angetreten haben, haften allen Erbschaftsgläubigern und Legataren, selbst nach der Einantwortung, Alle für Einen und Einer für Alle; unter sich aber sind sie nach Verhältnis ihrer Erbteile beizutragen schuldig." In § 821 heißt es: Haben die gemeinschaftlichen Erben von der rechtlichen Wohltat des Inventariums Gebrauch gemacht, so sind sie vor der Einantwortung den Erbschaftsgläubigern und Legataren nach dem § 550 zu haften verbunden. Nach der erfolgten Einantwortung haftet

[1]) Vgl. Gruchot, Beitr. Bd. 37 S. 914.

jeder einzelne selbst für die die Erbschaftsmasse nicht übersteigenden Lasten nur nach Verhältnis seines Erbteils. [Der erwähnte § 550 sagt: Mehrere Erben werden in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechts für Eine Person angesehen. Sie stehen in dieser Eigenschaft vor der gerichtlichen Übergabe (Einantwortung) der Erbschaft Alle für Einen und Einer für Alle. Inwiefern sie nach der erfolgten Übergabe zu haften haben, wird in dem Hauptstücke von der Besitznehmung der Erbschaft bestimmt].

Der erste Entwurf zum B. G. B. schloß sich an das gemeinrechtliche System an. Auf mehrere Erben geht, wie § 1750 lautete, die Erbschaft nach Bruchteilen über (Erbteile). § 2051 S. 2 sagte, daß die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten kraft Gesetzes auf die Erben nach dem Verhältnisse der Erbteile übergehen sollten, und in § 2151 hieß es, daß auf das Rechtsverhältnis der Miterben, soweit nicht aus dem Gesetze ein anderes sich ergäbe, die Vorschriften über die Gemeinschaft Anwendung finden sollten. Darnach konnte gemäß § 763 jeder Teilhaber über seinen Anteil an dem gemeinschaftlichen Gegenstande verfügen. Über den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen kann nur, hieß es weiter, von allen Teilhabern gemeinschaftlich verfügt werden. Dieser erste Entwurf wurde mit ziemlicher Einstimmigkeit abgelehnt[1]). So kam es denn auch, daß die 2. Lesung des Entwurfs den Boden, auf dem die Bestimmungen über Erbenhaftung bisher gestanden hatten, völlig verließ und sich vom römischen Prinzip dem deutschrechtlichen zuwandte.

[1]) Vgl. die Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentags und die darin aufgeführten Gutachten IV S. 289 ff.; I S. 199 ff.; ferner Wendt „Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten“ im Archiv für ziv. Pr. 86 S. 363.

§ 3.

Ob ein Miterbe, ebenso wie der Alleinerbe, nach B. G. B. den Nachlaßgläubigern grundsätzlich beschränkt oder unbeschränkt haftet, ein Punkt, der in der Literatur sehr streitig ist, darauf braucht hier nicht näher eingegangen zu werden[1]).

[1]) Bezüglich dieser Frage nach dem Umfange der Haftung möchte ich mich der Ansicht anschließen, daß der Erbe grundsätzlich unbeschränkt, d. h. auch mit seinem eigenen Vermögen haftet: (so Planck, „Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einf.-Ges." V. Bd. S. 65 ff.; Bingner, im sächsischen Archiv Bd. V S. 598; Wendt, im Archiv für ziv. Pr. Bd. 86, S. 384; vergl. auch Henle in Fischer-Henle „B. G. B." 7. Aufl., Vorbem. vor § 1967; Kreß, „die Erbengemeinschaft" S. 140 f.), aber unter gewissen Voraussetzungen, §§ 1975, 1990, 1992 B. G. B., das Recht hat, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken; die gegenteilige Ansicht, besonders vertreten von Hachenburg („B. G. B. für das deutsche Reich" S. 659 ff.), Seuffert (in der Zeitschr. für deutschen Zivil-Proz. Bd. 22 S. 498) und Binder, („die Rechtsstellung des Erben" 2. Teil S. 84), beruft sich m. E. zu Unrecht auf die §§ 1994, 2005 und 2006. Denn wenn es in diesen Paragraphen heißt, daß der Erbe, falls er gegen gewisse Erfordernisse verstößt, für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet, sei es allen Gläubigern, sei es einem gegenüber, so soll wohl damit nicht gesagt sein, daß seine Haftung vorher eine beschränkte gewesen ist, sondern vielmehr, daß er vorher die Möglichkeit beschränkbarer Haftung, die ihm nun verloren gegangen ist, hatte. Auch der Hinweis auf die Denkschrift zum B. G. B. S. 722 und die Denkschrift zur Z.-P.-O. S. 120 dürfte nicht dazu angetan sein, die gegenteilige Ansicht zu stützen, da aus den Worten der Denkschrift nichts, wie auch Planck (s. oben) hervorhebt, für die rechtliche Natur der Haftung entnommen werden kann; sie betont ihrem Zwecke gemäß die wirtschaftliche Seite der Frage. Binder im III. Teil seines angeführten Werkes S. 273 ff. beruft sich zwecks Begründung seiner Ansicht, daß Miterben nur beschränkt haften, auf das den Miterben nach § 2059 Abs. 1 S. 1 zustehende Recht. M. E. bedeutet dieses Recht jedoch einen besonderen selbständigen Rechtsbehelf, der das Recht der Erben, ihre Haftung zu beschränken, nicht berührt. Das Nähere vergl. Planck a. a. O. Anm. zu § 2059.

Bezüglich der Art der Haftung stellt § 2058 B. G. B. den Grundsatz an die Spitze, daß die Erben für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner haften. Dieser Grundsatz ist jedoch für die Zeit vor der Teilung des Nachlasses — und darum handelt es sich hier allein — durch den § 2059 in ganz bedeutender Weise eingeschränkt. Denn nach § 2059 Abs. 1 S. 1 haftet jeder Miterbe zwar als Gesamtschuldner aber — ohne daß es übrigens der Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung eines Nachlaßkonkurses bedürfte — beschränkt, da er „die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Vermögen, das er außer seinem Anteile an dem Nachlasse hat, verweigern kann." Gegen die Auslegung, die Wendt[1]) dem § 2059 Abs. 1 S. 1 gibt, wendet sich mit Recht Hachenburg[2]).

Wendt sagt, wenn man bedenkt, daß der Anteil am Nachlasse, von dem § 2059 spricht, dem Erben einstweilen gar nicht zugängig ist, und daß der Erbe infolge des § 2032 Abs. 2 nicht die Möglichkeit hat, sich die Mittel zur Bezahlung seiner Schuld aus seinem Anteil zu beschaffen, so scheine der einzige Ausweg der zu sein, daß die Bezahlung aus dem Privatvermögen des Erben, „ex propriis", erfolge; gerade das dürfe ja aber der Erbe nach dem Wortlaut des Gesetzes ablehnen; die Folge wäre, daß der Miterbe vor der Teilung von einer Zahlung überhaupt befreit wäre; das widerspräche aber der Absicht des Gesetzes, die dahin gehe, daß der Erbe sofort zahlen solle „in solcher Höhe, als sein Anteil am Nachlasse sich beziffert." Daß das Gesetz in einem solchen Sinne von einer Weigerung der Berichtigung aus dem eigenen

[1]) Wendt: „Die Haftung des Erben" im Archiv für ziv. Pr. Bd. 86 S. 430.

[2]) Hachenburg: „Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich", S. 706.

Vermögen spricht, wird man nicht gut annehmen dürfen. In der Tat übersieht wohl Wendt den § 859 Z.-P.-O., wonach der Anteil eines Miterben der Pfändung unterworfen ist, und daß es dem Nachlaßgläubiger nach erfolgter Pfändung offensteht, entweder den Anteil versteigern zu lassen, oder die Auseinandersetzung zu verlangen.

§ 2042 Abs. 2 in Verbindung mit § 751 Satz 2 B. G. B.

Haftet ein Miterbe infolge der Verletzung der Inventarpflicht, §§ 1994, 2005, 2006 B. G. B. unbeschränkt, dann kann er gemäß § 2059 Abs. 1 Satz 2 sein Privatvermögen nicht dem Zugriffe eines Nachlaßgläubigers entziehen; er haftet dann mit seinem Privatvermögen zwar unbeschränkt, aber nur anteilig, d. h. in Höhe der seinem Erbteil entsprechenden Quote der Verbindlichkeit. Im übrigen haftet er mit seinem Anteile am Nachlaß als Gesamtschuldner, aber beschränkt. Für die Haftung gegenüber den Gläubigern, die gemäß §§ 1973, 1974 ausgeschlossen sind, vergl. Kreß a. a. O. S. 145.

Daneben bleibt, wie § 2059 Abs. 2 B. G. B. sagt, das Recht der Nachlaßgläubiger, die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlasse von sämtlichen Miterben zu verlangen, unberührt. Diese in § 2059 Abs. 2 „vorausgesetzte“ dem Nachlaßgläubiger gegebene Möglichkeit, die Erben wegen einer Nachlaßverbindlichkeit zur gesamten Hand haftbar zu machen, findet zwar im Gesetze keine ausdrückliche Erwähnung, ergibt sich aber aus dem das Gesamthandsprinzip zum Ausdruck bringenden § 2032, 1. Wenn § 2032, 1 davon spricht, daß, falls der Erblasser mehrere Erben hinterläßt, der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben wird, d. h. ihnen „zur gesamten Hand“ zusteht, so gilt das ebenso für die passiva, wie für die activa. Damit ist also dem Nachlaßgläubiger anheimgestellt, Miterben entweder, ähnlich wie im deutschen

Recht, als Gesamtschuldner, oder, in Anlehnung an das A. L.-R., als Gesamthandsschuldner in Anspruch zu nehmen[1][2].

Diese verschiedentliche Art der Haftung ist wesentlich für die Stellung der Erben im Prozeß, eine Frage, die uns auf das Institut der notwendigen Streitgenossenschaft des § 62 Z.-P.-O. führt. Bevor ich jedoch darauf eingehe, möchte ich im Folgenden einen Blick auf die Entwickelung dieses Institutes der notwendigen Streitgenossenschaft werfen. Das ältere gemeine Recht unterschied zwischen der verbotenen subjektiven Klagenhäufung und der erlaubten Streitgenossenschaft. Zur Ausbildung einer notwendigen Streitgenossenschaft gelangte das gemeine Recht nicht. Vielmehr kämpfte man bis in die letzten Zeiten der gemeinrechtlichen Doktrin um die Statthaftigkeit der Streitgenossenschaft, auf die Fälle der Notwendigkeit (der Streitgenossenschaft) einzugehen, war noch nicht die Zeit[3]. Das Verdienst von Planck[4] war es schließlich gewesen, an die Stelle der beiden Institute, der Streitgenossenschaft und der subjektiven Klagenhäufung, ein einziges: Streitgenossenschaft oder subjektive Klagenhäufung gesetzt zu haben. Zum Zwecke einer Darlegung der Entwicklungsgeschichte der notwendigen Streitgenossenschaft ist auszugehen:

1. von dem einem Beklagten zustehenden Recht durch Einrede den Eintritt der nicht mitklagenden Berechtigten bezw. der nicht mit verklagten Ver-

---

[1]) Vergl. hierzu noch Cosack, „Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts“ II. Bd. § 387.

[2]) Vergl. bezüglich der Haftung der Erben als Gesamthänder die abweichende Meinung von Binder, „Die Rechtsstellung des Erben“ III S. 42 und seine Ausführungen in „Das Problem der juristischen Persönlichkeit“ S. 82 ff.

[3]) Wachenfeld: „Die notwendige Streitgenossenschaft des § 59 Z.-P.-O.“ S. 11.

[4]) Planck: „Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten“ S. 385 ff.

pflichteten in den Prozeß zu erzwingen (exceptio plurium litisconsortium) und

2. von der Pflicht der Mitstreitenden, den Prozeß einheitlich durchzuführen.

Von diesen beiden Lehren hat die unter 2) erwähnte ihre Ausbildung in den preußischen Entwürfen gefunden, während die Hannöver'sche Gesetzgebung das Gebiet der exc. plur. lit. betrifft.[1]) Da die ersten preußischen Entwürfe sich eng an die allgemeine Gerichtsordnung[2]) anschließen, sei zunächst auf diese eingegangen. Die allgem. Ger.-Ordn., die grundsätzlich auf dem Standpunkte des Verbotes gemeinschaftlicher Prozeßführung steht, erlaubt sie gemäß § 36, I, 1 „wenn mehrere Personen als Mitberechtigte oder Mitverpflichtete zu betrachten sind, die aus einerlei Geschäfte, Verträge oder unerlaubten Handlungen etwas fordern, oder in Anspruch genommen werden." In § 273, I, 10 A. G. O. war die Bestimmung enthalten: „Wenn Hüfner, Kossaten, Handfröhner, Dreschgärtner, Inlieger oder andere dergleichen Personen, die keine Gemeine ausmachen, einen Eid schwören sollen; und es ist von einer unteilbaren Sache die Rede: so muß die Ableistung des Eides durch 3 oder 4 aus ihrer Mitte, so wie bei Kommunen verordnet ist, geschehen. Betrifft aber der Streit eine teilbare Sache, so sind sie als Litiskonsorten zu betrachten, und der Eid muß allen angetragen, und wenn er angenommen wird, von allen geleistet werden." Wir sehen, die A. G. O. unterscheidet hier zwischen Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Steitgegenstandes. Handelt es sich um einen unteilbaren Gegenstand, dann finden die für Kommunen gegebenen Bestimmungen Anwendung. Die Kommune galt als Einheit, die allerdings nicht über ihren Mitgliedern stand. Deswegen mußten

[1]) So Wachenfeld, a. a. O. S. 21; vgl. dagegen Lux, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft S. 20 Anm. 5.

[2]) Allgem. Gerichtsordn. f. d. preuß. Staaten I. Tl. Berlin 1816.

auch die Mitglieder selbst schwören, aber es genügte, wenn 3—4 den Eid leisteten. Von einer dem Beklagten zustehenden exceptio ist hier keine Rede. Das Gesetz weist den Richter an, gegebenen Falls dem Kläger zu bedeuten, seine Klage nicht bloß gegen einen, sondern gegen alle Mitverpflichtete zu richten; tut er es trotzdem nicht, dann wird ihn der Richter mit der Klage nicht zulassen. Handelte es sich um eine teilbare Sache, dann lag eine Streitgenossenschaft vor. Diese Genossenschaft bildete keine Einheit, deswegen mußten alle den Eid leisten. Der I. Entwurf zur Schaffung einer neuen Z.-P.-O. vom Jahre 1830 enthält über die Möglichkeit der Zuziehung mehrerer Mitberechtigter, bezw. Mitverpflichteter bei einer nur von einem Berechtigten oder gegen einen Verpflichteten angestrengten Klage überhaupt keinerlei Bestimmungen; dagegen ist in ihm das Erfordernis gemeinschaftlichen Handelns insofern ausgesprochen, als er die Bestellung eines gemeinschaftlichen Sachwalters durch die Mitinteressenten anordnet, ohne sie freilich obligatorisch zu machen. Diese Bestimmung über die Bestellung eines gemeinsamen Sachwalters findet sich auch in dem Kamptz'schen Entwurfe von 1842; besonders aus diesem Entwurfe hervorzuheben ist die von ihm getroffene Unterscheidung bei teilbarem, bezw. unteilbarem Gegenstand. Hier war mit Rücksicht auf den Fall der Eidesleistung (in Ausdehnung der in I. 10 § 173 A. G. O. für einen Spezialfall gemachten Scheidung auf die gesamte Streitgenossenschaft) bestimmt, daß, wenn bei unteilbarem Objekt von einzelnen Streitgenossen die Leistung des Eides verweigert würde, dann nach Mehrheit der Stimmen beurteilt werden sollte, ob der Eid für verweigert oder für geleistet zu erachten sei. Hierin ist bereits die Idee enthalten, daß bei unteilbarem Objekt alle nur zusammen handeln können. Geschieht das nicht, dann muß ein Mittel geschaffen werden, welches dieses gemeinschaftliche Handeln ersetzt und dieses

Mittel ist: Stimmenmehrheit. Die Entwürfe von 1843 und 1848 können hier übergangen werden; zumal der Entwurf von 1848 steht völlig außerhalb des seit der A. G. O. eingeschlagenen Weges. Gerade das Gegenteil ist hingegen von dem Entwurfe[1]) des Jahres 1864 zu sagen. Er spricht ebenso, wie der Kamptz'sche Entwurf bei unteilbarem Objekt Notwendigkeit gemeinschaftlichen Handelns aus, und entsprechend bestimmt § 538 Abs. 1: „Sind die Streitgenossen im Falle des § 537[2]) darüber nicht einig, ob der Eid dem Gegner zuzuschieben, oder ob ein zugeschobener Eid anzunehmen, oder zurückzuschieben sei, so entscheidet die nach Größe der Anteile — hierin liegt eine Abweichung von dem Kamptzschen Entwurf; denn dort war es die nach der Zahl der Streitenden — zu berechnende Mehrheit der Stimmen. Von einer exc. plur. lit. sagt der Entwurf nichts. Die Motive[3]) heben ausdrücklich hervor, . . . „Andere auf die Streitgenossenschaft sich beziehende Fragen, z. B. unter welcher Voraussetzung die exc. plur. lit. begründet ist . . . sind als dem materiellen Rechte angehörig im Entwurfe nicht entschieden worden." Über das aus dem französischen Rechte stammende für die weitere Entwicklung wesentliche Verbindungsurteil und die Vertretung der nicht erschienenen Streitgenossen durch die erschienenen bei der kontradiktorischen Verhandlung und Entscheidung — vgl. §§ 391 und 393 des Entwurfes —.

[1]) Entw. einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat. Berlin 1864.

[2]) § 537 lautete: Wenn der Gegenstand des Streites unteilbar ist oder in einer ungeteilten Vermögensmasse besteht oder zu einer solchen gehört, so kann der Eid über eine Tatsache, welche für die Rechte aller Streitgenossen von Einfluß ist, nur allen Streitgenossen und nur von allen Streitgenossen gemeinschaftlich zugeschoben werden.

[3]) Die Motive z. d. Entwurfe einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat. Berlin 1864 S. 32.

Wie schon oben angedeutet, finden wir die exc. plur. lit. in den hannöverschen Entwürfen. Da diese Entwürfe auf dem Hannöver'schen Gesetz[1]) von 1848 basieren, ist zunächst auf dieses Gesetz einzugehen. In § 23 Abs. 1 erklärt die Prozeßordnung die Streitgenossenschaft für zulässig, „wenn mehreren oder gegen mehrere einzelne Personen der streitige Gegenstand oder Anspruch gemeinschaftlich zusteht, oder aber der Anspruch für oder gegen mehrere auf demselben Grunde beruht", und ferner, allerdings unter der Voraussetzung, daß keine „zu große Weitläufigkeit oder eine Verwirrung des Verfahrens" entsteht, gemäß § 23 Abs. 8, wenn „gleichartige Ansprüche oder Verpflichtungen auf einem im wesentlichen gleichartigen Rechtsgrunde" beruhen. In § 23 Abs. 7 ist für den Fall, daß mehrere als Streitgenossen auftreten, bestimmt, daß dann ein „gemeinschaftlicher Vertreter" zu bestellen ist. Schon hierin zeigt sich deutlich die Auffassung der Streitgenossenschaft im Sinne dieses Gesetzes. Während es in den preußischen Entwürfen, wie oben erwähnt, den Streitgenossen anheimgestellt wird, einen Sachwalter zu bestellen, ist hier eine zwingende Vorschrift gegeben, und dies eben deshalb, weil es nach der preußischen Auffassung nur auf übereinstimmendes Handeln im Prozesse ankommt, dagegen hier einheitliches Handeln gefordert wird. Deswegen verlangt das Hannöversche Gesetz einen durch „eine" Person repräsentierten „gemeinsamen" Vertreter. Dieser Gedanke der einheitlichen Prozeßführung hat auch der exc. plur. lit. Eingang verschafft; mit Unteilbarkeit des Streitgegenstandes hat diese Einrede nichts zu tun. Dennoch aber wäre es falsch, die Bedeutung der Teilbarkeit bezw. Unteilbarkeit zwar nicht des Streitgegenstandes, sondern viel-

[1]) Allgemeine bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover 1848.

mehr des aus ihm folgenden Anspruchs für die hannöver'sche Prozeßordnung zu leugnen. Das Gesetz greift nämlich nicht nur die unteilbaren Ansprüche heraus, sondern unterscheidet auch bei ihnen noch zwei Arten, je nachdem nämlich der durch „einen" bewirkte Sieg auch den übrigen Streitgenossen zu gute kommt oder nicht. So enthält § 156 Abs. 2 S. 1 die Bestimmung: „Ist aber der Anspruch unteilbar und beruht diese Unteilbarkeit nach den Vorschriften des Zivilrechts auf einem solchen Grunde, daß der durch die Eidesleistung des einen bewirkte Sieg auch den übrigen Streitgenossen zu gute kommen muß, so genügt es, wenn auch nur einer der Streitgenossen annimmt und ableistet." Auch hierin zeigt sich wieder das hannöver'sche Prinzip: die Streitgenossen bilden eine so enge Gemeinschaft, daß im gegebenen Falle die Eidesleistung eines für alle wirkt. Die in § 156 Abs. 3 enthaltene Vorschrift über die andere Art unteilbarer Ansprüche nähert sich in ihrem Wortlaute zwar dem der preußischen Entwürfe; ebenso wie dort soll bei widerstreitenden Erklärungen Stimmenmehrheit den Ausschlag geben[1]), aber der Gesichtspunkt ist auch hier ein anderer: Die zu einer Einheit zusammengeschlossene Mehrheit kann nur eine Erklärung abgeben; dies wird ermöglicht, indem die von der Mehrzahl der Stimmen abgegebene Erklärung als Erklärung der Einheit gilt. Aus dem Entwurfe, der der in Hannover zur Ausarbeitung einer deutschen Zivilprozeßordnung[2]) tagenden Kommission vorlag, ist besonders § 63 hervorzuheben, welcher die Einrede, daß die Klage von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben sei, nur insoweit für statthaft erklärt, als die Notwendigkeit der Streit-

[1]) Wachenfeld a. a. O. S. 31.

[2]) Entwurf einer allgemeinen deutschen Zivilprozeßordnung. Nach der Vorlage des Referenten 1864.

genossenschaft auf zivilrechtlichen Vorschriften beruht. Dieser Hinweis auf das Zivilrecht nimmt übrigens der Einrede nicht ihren Charakter als einer prozeßhindernden Einrede, wie Amelunxen[1]) behauptet, vielmehr war diese Verweisung schon deshalb nötig, weil sonst mehrere in dieser Beziehung von einander abweichende Zivilrechte hätten berücksichtigt werden müssen. Die Bestimmungen über die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters (§ 65 des Entwurfs) — nur wenn die Interessen der Streitgenossen einander widerstreiten, darf sie unterbleiben — entsprechen ebenso dem hannöver'schen Recht, wie die Vorschriften bezüglich der Eidesleistung. Vergl. ferner den in § 405 des Entwurfs statuierten Ausnahmefall, der hier allein in Betracht kommt.

Dieser Entwurf hat weder in I. noch in II. Lesung durch die Kommission wesentliche Änderungen erfahren. In der Form, die ihm die Kommission in der II. Lesung[2]) gegeben hatte, enthielt er in § 54 die Bestimmung: die Einrede, daß die Klage von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben sei, ist nur insoweit statthaft, als dieselbe ihre Begründung in zivilrechtlichen Vorschriften findet.

Eine Verschmelzung der in den preußischen und hannöver'schen Entwürfen enthaltenen Prinzipien wurde durch die Kommission, die den Entwurf einer Zivilprozeßordnung für Norddeutschland ausarbeitete, vollzogen. Schwierigkeiten ergab die Frage der Aufnahme der den preußischen Entwürfen fremden exc. plur. lit. Man war, wie es in den Protokollen[3]) heißt, sachlich einig,

[1]) Amelunxen: „Die sogenannte notwendige Streitgenossenschaft der deutschen Zivilprozeßordnung" S. 45.

[2]) Entwurf einer allgemeinen Zivilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten. Nach den von der Zivilprozeßkommission für Hannover bei der II. Lesung gefaßten Beschlüssen 1866.

[3]) Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Zivilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes. Berlin 1868, S. 126.

daß die Frage, ob die Klage von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete anzustellen sei, sich nach dem bürgerlichen Recht entscheide. Nur sollte die exceptio dem Beklagten nicht als prozessualisches Hilfsmittel dienen, und deshalb wollte man das Wort Einrede vermeiden. Es sollte schließlich der Redaktion überlassen bleiben, „ob und welche Bestimmung in diesem Sinne in den Entwurf aufzunehmen sei.“ [1]) In Anlehnung an § 54 des oben erwähnten Entwurfs bestimmte § 78 des Kommissionsentwurfs: inwiefern eine Klage gemeinschaftlich von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Von großer Bedeutung wurde die Aufnahme des aus den preußischen Entwürfen stammenden Kontumatial-Verbindungsurteils. Der preußische Entwurf hatte dieses Urteil für alle Fälle der Streitgenossenschaft zugelassen, die Kommission aber wollte es nur für die Fälle, in denen ein gemeinschaftliches Handeln „geboten“ war, zulassen. Gemeinschaftliches Handeln geboten war aber, wiederum in Anlehnung an die preußischen Bestimmungen bei Unteilbarkeit des Streitgegenstandes. Der in Gemäßheit dieser Erwägungen in der Debatte gestellte Antrag lautete[2]): „wenn mehrere Personen als Streitgenossen geklagt haben, oder belangt worden sind, und gegen einige die Erfordernisse des Versäumnisurteils vorliegen, während andere der betreffenden Ladung Folge geleistet haben, so kann auf Antrag des Gegners wider die ausgebliebenen ein besonderes, von der Hauptentscheidung unabhängiges Versäumnisurteil erlassen werden, insofern ein solches gegen die ausgebliebenen ganz oder

[1]) Siehe Protokolle S. 126.

[2]) Vergl. Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Zivilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes. Berlin 1869, S. 636.

teilweise zum Vollzuge sich eigne. Ist dies dagegen nicht der Fall, so wird die Entscheidung wider die Ausgebliebenen mit derjenigen wider die Erschienenen verbunden und findet gegen dieses Urteil der Einspruch nicht statt." Im Anschluß hieran führte man aus, daß es Fälle gäbe[1]), „in denen nur ein das ganze Rechtsverhältnis umfassendes Urteil ergehen könne, und ein nur den einzelnen Streitgenossen betreffendes Urteil wegen jener Unteilbarkeit des Verhältnisses sich nicht zum Vollzuge eigne". Die in diesem Falle notwendige Verbindung glaubte man jedoch einfacher als durch Urteil dadurch herstellen zu können, daß man die Vertretung der Säumigen durch die Nichtsäumigen fingierte, und dies sollte nun geschehen erstens für die Fälle der Unteilbarkeit des Streitobjekts und zweitens der Unteilbarkeit des Rechtsverhältnisses. An die Stelle des Antrags setzte die Kommission folgenden § 79a[2]): „ist der Streitgegenstand unteilbar oder ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Streitgenossenschaft eine notwendige (§ 78), so werden . . . die säumigen Genossen als durch die nichtsäumigen vertreten angesehen". Hier sehen wir schon diese „notwendige" Streitgenossenschaft in Gegensatz zu der, wie es in den Protokollen heißt[3]), „zufälligen" gesetzt. Eine Inkorrektheit bedeutet der Hinweis auf § 78 des Kommissionsentwurfs. Der § 78 ist, wie oben gezeigt, im Anschluß an die hannöver'schen Entwürfe geschaffen und umfaßt die Fälle, in denen dem Beklagten die exc. plur. lit. gegeben ist. Soweit wollte aber wohl die Kommission nicht gehen. Sie wollte wohl nicht für alle Fälle der exc. plur. lit. eine Vertretung der Säumigen durch die Nichtsäumigen anordnen, sondern auch hier das

[1]) Vergl. Prot. S. 637.
[2]) Siehe Prot. S. 795.
[3]) Siehe Prot. S. 636.

preußische Prinzip: Notwendigkeit gemeinschaftlichen Handelns wahren. Ferner wollte man ja auch die Vertretung außer bei unteilbarem Objekt bei Unteilbarkeit des Rechtsverhältnisses; diese Fälle, die sich aber nicht mit denen decken, die § 78 bezw. der ihm zu Grunde liegende § 54 des hannöver'schen Entwurfes umfaßt, dürften unter den Worten „oder ist die Streitgenossenschaft nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine notwendige" gemeint sein. Später ging man dazu über, an die Stelle der Unteilbarkeit den Grund derselben, einheitliche Feststellung, zu setzen[1]). Damit waren aber die Worte „oder ist die Streitgenossenschaft nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine notwendige" unnötig geworden, da ja auch hierunter Fälle der Unteilbarkeit gemeint waren. Und obwohl auch aus dieser Erwägung heraus in 2 von 3 Abänderungsvorschlägen diese Worte gestrichen wurden, wurden sie doch bei der Abstimmung beibehalten. Gründe hierfür finden sich in den Protokollen nicht. Indem aber der Begriff der Unteilbarkeit durch den der einheitlichen Feststellung ersetzt wurde, schuf man wiederum eine Änderung, die allerdings nicht gewollt war. Denn nun war die Vertretung der säumigen Genossen durch die nichtsäumigen, die man bisher nur bei Unteilbarkeit hatte gelten lassen wollen, auf alle Fälle der exc. plur. lit. ausgedehnt. Damit finden wir die beiden Richtungen, von denen die eine ihren Ausgangspunkt von der Notwendigkeit gemeinsamen Eintritts in den Prozeß, die andere von der Notwendigkeit gemeinsamer Durchführung des Prozesses nahm, vereinigt. Die Schlußredaktion billigte die Beschlüsse der Kommission: der auch für unsere heutige notwendige Streitgenossenschaft grundlegende § 86 des Kommissionsentwurfs lautet: Kann nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts das streitige Rechts-

[1]) Vergl. Wachenfeld a. a. O. S. 41.

verhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, oder ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so werden . . . als vertreten angesehen.

An der Fassung dieses Paragraphen wurde auch im preußischen Justizministerium[1]) nichts geändert, nur die exc. plur. lit. wurde beseitigt, und zwar mit folgender Begründung (vergl. Mot.): „Der Entwurf läßt die dem Gebiete des Zivilrechts angehörende Frage, in welchen Fällen eine Klage gemeinschaftlich von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben sei, (exc. plur. lit.), unberührt, und regelt nur die Zulässigkeit der Streitgenossenschaft und die prozessualische Stellung der durch Streitgenossenschaft verbundenen Personen." Eine prozessualische Einrede ist damit also dem Beklagten genommen, die Fälle des notwendig gemeinsamen Eintritts in den Prozeß sind aber nicht etwa beseitigt. An diesem Entwurfe ist späterhin hinsichtlich der hier zu behandelnden Materie nichts mehr geändert worden.

§ 62 der Z.-P.-O., der die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft überhaupt nicht und ihre Wirkungen nur bezüglich der Vertretung der säumigen Genossen durch die nichtsäumigen regelt, spricht in seinem I. Teile erstens von den Fällen, in denen das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, und zweitens von den Fällen, in denen die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige ist. Diese Ansicht, daß die Z.-P.-O. von zwei Arten notwendiger Streitgenossenschaft spricht, ist nicht unbestritten. Amelunxen[2]) vertritt den Standpunkt,

[1]) Entwurf einer deutschen Zivilprozeßordnung im Königlich preußischen Justizministerium, bearbeitet 1871.

[2]) Amelunxen, a. a. O. S. 56.

daß stets im Falle des Vorliegens notwendiger Streitgenossenschaft einheitliche Feststellung des Rechtsverhältnisses erforderlich sei; darnach wäre die 2. Kategorie der notwendigen Streitgenossenschaft überflüssig. Kisch[1]) sieht in der Notwendigkeit einheitlicher Feststellung sogar ein Begriffsmerkmal der notwendigen Streitgenossenschaft. Fitting[2]) wiederum betrachtet die Notwendigkeit gemeinsamen Eintritts in den Prozeß als Voraussetzung für die notwendige Streitgenossenschaft. Zugegeben, daß dies für die zweite Art notwendiger Streitgenossenschaft zutrifft, so wird darunter jedenfalls nicht die erste mit umfaßt. Die Versuche, die beiden Fälle des § 62 unter einen Begriff zu bringen, wird man daher als mißlungen bezeichnen müssen[3]). Die Berechtigung, in beiden Fällen des § 62 von notwendiger Streitgenossenschaft zu sprechen, ist ebenfalls angefochten worden; die Zivilprozeßordnung tut es, denn aus den Worten „aus einem sonstigen Grunde" folgt, daß sie auch im ersten Falle eine notwendige Streitgenossenschaft für vorliegend erachtet. Diese Bezeichnung ist aber keine zutreffende, da in diesen Fällen von einem Erzwingen der Streitgenossenschaft durch den Beklagten keine Rede sein kann. Daher finden wir auch in der Literatur an Stelle des Begriffs „notwendige Streitgenossenschaft" Bezeichnungen wie „besondere Streitgenossenschaft", so Hachenburg (a. a. O. S. 1); „materielle Streitgenossenschaft" so Kroll[4]); Amelunxen spricht von einer „sogenannten notwendigen Streitgenossenschaft". In der Praxis aber hält man

[1]) Kisch, Begriff und Wirkung der besonderen Streitgenossenschaft S. 18.

[2]) Fitting, im Archiv für ziv. Pr. Bd. 61, S. 415 f.

[3]) Vergl. Wachenfeld a. a. O. S. 60; Hachenburg, „Die besondere Streitgenossenschaft" S. 97. Ebenso Gaupp-Stein „Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich." Anm. zu § 62.

[4]) Kroll, „Klage und Einrede nach deutschem Recht." S. 134.

nach wie vor an dem Ausdrucke „notwendige Streitgenossenschaft“ fest. Wie die Motive zur Z.-P.-O. (S. 82) ergeben und wie auch unbestritten ist, ist beiden Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft gemeinsam, daß sie dem bürgerlichen Recht zu entnehmen sind. Dagegen gehen bereits die Ansichten auseinander bezüglich der Frage, welche Fälle zur ersten Kategorie des § 62 gehören:

1. Allgemein anerkannt ist, daß hierher diejenigen Fälle gehören, in denen mehrere Personen gemeinschaftlich klagen bezw. verklagt werden, obgleich jedem einzelnen die Vertretung hinsichtlich des ganzen streitigen Rechtsverhältnisses zusteht, sodaß also ein in der Sache ergangenes Urteil allen Berechtigten bezw. Verpflichteten gegenüber wirksam wäre, wenn auch nur einer geklagt hätte oder verklagt worden wäre. In einem solchen Falle ist wegen Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses eine divergierende Feststellung unzulässig.

Über die hier nicht interessierenden Fälle der „prozeßrechtlichen“ Streitgenossenschaft vgl. Gaupp-Stein[1]) und Kroll[2]).

2. Bestritten ist die Frage, ob auch diejenigen Fälle, in denen an sich eine verschiedene Entscheidung gegenüber den Streitgenossen nicht unmöglich wäre, aber nach der konkreten Lage der Dinge nur eine einheitliche Entscheidung getroffen werden kann, hierher gehören. Seuffert[3]) bejaht diese Frage, meiner Ansicht nach zu Unrecht. Denn die logische Notwendigkeit, wie sie Seuffert selbst nennt, ist nicht identisch mit der rechtlichen, wenn auch jeder Richter bei gleichen Voraussetzungen den gleichen Schluß ziehen wird. Für die Voraussetzung der notwendigen Streit-

[1]) Gaupp-Stein, a. a. O. Anm. zu § 62.
[2]) Kroll, a. a. O. S. 137 f.
[3]) Seuffert, „Komm. z. Z.-P.-O.“ 9. Aufl. Anm. zu § 62.

genossenschaft als eines Rechtsinstitutes können nur Rechtsgründe, nicht logische Gründe bestimmend sein[1]).

Zur 2. Kategorie gehören diejenigen Fälle, (vgl. ebenfalls Mot. S. 82) in denen dem Beklagten kraft positiven Rechtssatzes die exc. plur. lit. gegeben ist, Fälle, in denen der Klage eines von mehreren Berechtigten oder gegen einen von mehreren Verpflichteten die mangelnde Aktiv- oder Passivlegitimation entgegenzusetzen ist. Diese exceptio, die im älteren gemeinen Recht als prozeßhindernde Einrede galt[2]), und im späteren gemeinen Recht sehr eingeschränkt oder überhaupt verworfen wurde[3]), bildet keine Einrede im technischen Sinne und ist auch in unsere Zivilprozeßordnung nicht aufgenommen; sie gehört vielmehr dem materiellen Rechte an[4]). Wachenfeld[5]) definiert sie dahin: „Mit ihr (der exc. plur. lit.) wird behauptet, daß der Kläger auf mehr klage, als er allein zu beanspruchen oder von dem Alleinbeklagten zu fordern habe. Die exc. plur. lit. in diesem Sinne ist eine Spezies der exc. pluris petitionis".

In Anwendung dieser Bestimmungen auf den Fall, daß einem Nachlaßgläubiger mehrere Erben gegenüberstehen, wird man zu sagen haben, daß, falls der Nachlaßgläubiger die Erben zusammen als Gesamtschuldner in Anspruch nimmt - verklagt er nur einen einzelnen Miterben als Gesamtschuldner, dann liegt eine prozessuale Besonderheit nicht vor —, die Erben keine notwendige Streitgenossenschaft bilden. Von einer exc. plur. lit. kann in diesem Fall gar keine Rede sein; es bleibt also nur die 1. Kategorie des § 62. Und

[1]) Ebenso Gaupp-Stein a. a. O.

[2]) Vgl. Planck, „Mehrheit", S. 394 ff.

[3]) Vgl. Wetzell, System des ordentl. Zivilprozesses, S. 831 ff.

[4]) So Kroll, a. a. O. S. 140; vgl. auch Warmuth in der „Zeitschrift für deutsch. Zivilprozeß" S. 506; abweichend Fitting im „Arch. f. ziv. Pr." Bd. 61 S. 434.

[5]) Wachenfeld, a. a. O. S. 111.

wenn man da auch wird sagen können, daß der Richter tatsächlich bei gleichzeitiger Verhandlung, insbesondere infolge der einheitlichen Beweiswürdigung wohl einheitlich entscheiden wird, so liegt doch kein Zwang dazu vor, und das streitige Rechtsverhältnis könnte anders als einheitlich entschieden werden. Seuffert dagegen bejaht[1]) hier die Frage nach der notwendigen Streitgenossenschaft, indem er ausführt[2]): „es ist nicht unmöglich, daß ein derartiger Prozeß (damit meint er den Prozeß gegen mehrere Erben) gegenüber den einzelnen Miterben nicht einheitlich entschieden wird; aber zumeist wird die Prozeßlage so sein, daß die von einem Miterben geltend gemachten Angriffs- und Verteidigungsmittel auch den anderen zu gute kommen und daß daher logischer Weise entweder für alle oder gegen alle Miterben entschieden werden muß."

Nimmt dagegen der Nachlaßgläubiger die Erben als Gesamthänder in Anspruch, dann bilden sie, wie nicht bestritten ist, eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne der 2. Kategorie des §. 62. Hier ist nur die aus mehreren Erben bestehende Gesamtheit passiv legitimiert, einem Miterben steht als einem bloßen Teile dieser Gesamtheit gegenüber der Klage des Gläubigers die Einrede der mangelnden Passivlegitimation, die exc. plur. lit. in dem oben erörterten Sinne, zu.

§ 4.

Nun fragt sich, inwieweit die Vorschriften über die Haftung der Erben Anwendung finden, wenn ein Nachlaßgläubiger die Leistung einer im Nachlasse befindlichen Sache fordert, und zwar handelt es sich hier mit Rücksicht auf den Fall, daß von mehreren Erben einige, vielleicht sogar alle bis auf einen zur Leistung bereit sind, besonders um die Anwendbarkeit des

[1]) So auch „das Recht" S. 1199, 1200.
[2]) Seuffert, a. a. O. Anm. zu § 62.

§ 2058 B. G. B. Diese Frage ist in der Literatur nicht unbestritten. Lux[1]) ist der Ansicht, daß bei einer Klage auf Leistung aus dem Nachlasse dem nach § 2058 B. G. B. allein verklagten Miterben die Einrede der mehreren Streitgenossen zustehe, und zwar leitet er die Passivlegitimation aus § 747 C.-P.-O., der „ein" Urteil gegen sämtliche Erben fordere, her.[2]) Zur Begründung führt er an:

1. § 747 stellt sich ebenso wie die §§ 736, 743 und 745,2 dar als Konsequenz der Einführung des Gesamthandsprinzips ins materielle Recht. Wie aus § 2032 Abs. 2 in Verbindung mit § 2040 B. G. B. sich ergibt, können die Erben über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen. Die Passivlegitimation wird aber durch die Verfügungsmacht gegeben; das den Gemeinschaftern zusammen und ungeteilt zustehende Verfügungsrecht kann ihnen allein durch eine einheitliche Verfügung entzogen werden.

2. Zur weiteren Begründung seiner Ansicht greift er zu einem Vergleich der §§ 736, 747 C.-P.-O. einerseits und der §§ 737, 739 C.-P.-O. andererseits. Die in diesen letzteren Paragraphen enthaltenen Bestimmungen, führt er aus, sprechen die Notwendigkeit eines einzigen Vollstreckungstitels sicherlich nicht aus. Und wenn nun auch die §§ 736, 747 diese Notwendigkeit nicht enthielten, so sei die verschiedene Fassung dieser Paragraphen, die „zum mindesten die Vermutung nahe legt, als ob ein einziges Urteil verlangt würde", nicht ersichtlich.

Demgegenüber steht die Ansicht, daß § 747 Z.-P.-O. nicht ein einziges Urteil verlange, sondern daß zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß die Zusammenfassung der einzelnen gegen die Miterben vorliegenden Vollstreckungstitel hinreichend sei. So heißt es z. B. in der Rechtsprechung

[1]) Lux, a. a. O. S. 54 ff.

[2]) Ebenso Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 204.

der O.-L.-G.[1]): „Die Ansicht, daß zur Vollstreckung nach §§ 736, 747 ein einheitliches Urteil gegen sämtliche Teilhaber erforderlich sei, wird mit Recht als irrig zurückgewiesen. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb nicht mehrere gegen die Teilhaber erlassene Urteile oder diesen durch § 794 gleichgestellte Urkunden genügen sollten, zumal wenn man an den Fall denkt, daß nach Erlaß eines Urteils ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft eintritt, das Vorhandensein eines bis dahin unbekannten Erben bekannt wird, und dergleichen mehr.“ Dieselbe Ansicht findet sich wieder bei Seuffert, Cosack, Planck.[2])

Die von Lux vertretene Ansicht leidet m. E. von vorn herein schon dadurch an einem Mangel, daß sie zum Zwecke ihrer Begründung zu einer Bestimmung der Z.-P.-O. auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung greift. Das Prozeßverfahren hat mit dem Vollstreckungsverfahren nichts zu tun; die Zwangsvollstreckung ist gewissermaßen das Resultat des Ganzen, und es ist doch wohl bedenklich, aus dem Resultat die Aufgabe zu lösen. Die Sachlegitimation des materiellen Rechts ist oft verschieden geregelt von der in der Zwangsvollstreckung; das materielle Recht berücksichtigt nicht die Möglichkeit der Vollstreckung auf Grund einer nach seinen Bestimmungen ergangenen Entscheidung. So liegt z. B. der Fall, wenn jemand eine Frau auf Leistung aus dem eingebrachten Gute verklagt. Eine solche Klage wird von niemandem für unzulässig erklärt werden, und doch würde aus einem gegen die Frau ergangenen Urteil niemals eine Zwangsvollstreckung in ihr der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterliegendes eingebrachtes Gut möglich sein, dazu gehört

[1]) Rechtsprechung der O.-L.-G. IX S. 113.

[2]) Seuffert, Kommentar zur Z.-P.-O. II. Bd. Anm. zu § 747 Not. 2; Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II. Bd. § 387, II; Planck, Bürgerl. Gesetzbuch, V. Bd. Anm. zu § 2059; vgl. auch Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages, I S. 204.

noch die Verurteilung des Mannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung, § 739 Z.-P.-O. Diese Verurteilung in einem weiteren Prozesse nachzuholen, steht nichts im Wege. Ähnlich liegt der Fall in § 737 Z.-P.-O. Im einzelnen scheint mir gegen die Auffassung von Lux zunächst der Umstand zu sprechen, daß aus § 2058 B. G. B. in keiner Weise zu ersehen ist, daß seine Anwendbarkeit in dem Falle der Forderung einer Leistung aus dem Nachlasse ausgeschlossen sein soll. Als sicher darf man aber bezeichnen, daß die Fälle, in denen ein Nachlaßgläubiger einen im Nachlasse befindlichen Gegenstand fordert, nicht zu den seltensten gehören werden, und hätte der Gesetzgeber für alle diese Fälle § 2058 ausgeschlossen wissen wollen, so hätte eine dahingehende Bestimmung wohl ihre Aufnahme im Gesetz gefunden. Daß dies nicht geschehen ist, dürfte seinen guten Grund haben. Setzen wir z. B. den Fall, ein Nachlaßgläubiger fordert von drei Erben die Übertragung des Eigentums an einem im Nachlasse befindlichen Buche. Zwei Erben erkennen seine Forderung als berechtigt an, der Dritte nicht. Der Gläubiger verklagt nach § 2058 den dritten Erben, der, sobald er verurteilt ist, auch seinerseits bereit ist, das Buch herauszugeben; zu einer Zwangsvollstreckung kommt es überhaupt nicht. Nach Lux müßte der Kläger von vornherein gegen alle Erben vorgehen, da er sonst die Einrede der mangelnden Passivlegitimation, die exc. plur. lit. . . von seiten des beklagten Erben zu fürchten hätte, ein Resultat, das man nicht gerade praktisch nennen kann.

Richtig an sich ist es auch meiner Ansicht nach, wenn Lux sagt, daß die Passivlegitimation durch die Verfügungsmacht gegeben wird. Nun läßt sich aber nicht leugnen, daß zwischen den §§ 2039 und 2058 untereinander und gegenüber § 2040 gewisse Beziehungen bestehen. Die §§ 2039 und 2058 stellen sich beide als Durchbrechung des Gesamthandsprinzips dar, indem

§ 2039 jeden einzelnen Miterben berechtigt, die Erfüllung einer Forderung zu verlangen — eine offensichtliche Inkonsequenz gegenüber der Bestimmung desselben Paragraphen, daß der Verpflichtete nur an alle Erben gemeinschaftlich leisten und jeder Miterbe nur die Leistung an alle Erben fordern kann, — während § 2058, wie oben ausgeführt, neben die Gesamthandshaftung die gesamtschuldnerische Haftung der Miterben stellt; hier finden wir also den einzelnen Erben allein passiv, dort allein aktiv legitimiert. Beide Paragraphen, die, wie die Protokolle ergeben (Bd. V S. 684, 685) praktischen Erwägungen, sogar auf Kosten einer konsequenten Durchführung, ihre Aufnahme in das Gesetz verdanken, stehen in einem gewissen Gegensatz, fast könnte man sagen, Widerspruch zu § 2040, nach dem die Erben über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können. Zwischen § 2039 und 2040 die richtige Grenze zu ziehen, ist nur sehr schwer möglich, wie Lux[1]) selbst sagt, und man wird, wie er selbst hinzufügt, ein vollkommen logisches Ergebnis kaum erwarten können, „wenn Sachlegitimation und Verfügungsrecht, die ihrer Natur nach zusammengehören, in verschiedene Hände gelegt sind." Wenn nun aber Lux für Aktiv-Prozesse ohne weiteres die Trennung der Verfügungsmacht von der Aktivlegitimation zugibt, dann läßt sich nicht einsehen, weshalb er für Passiv-Prozesse trotz gewisser Beziehungen der betreffenden Paragraphen zu einander unter Hintansetzung der praktischen- und Billigkeitsrücksichten bemüht ist, Passivlegitimation und Verfügungsrecht, wo das Gesetz selbst eine Trennung beider auszusprechen scheint, durchaus zusammenzuhalten. Und ich vermag Lux auch nicht zu folgen bei seiner aus der Fassung der §§ 736, 747, 737 und 739 abgeleiteten Ansicht. Gewiß besteht in der Fassung dieser Paragraphen ein

[1]) Das Nähere vgl. Lux, a. a. O. S. 67 ff.

Unterschied, der ja schon dadurch bedingt ist, daß in den §§ 737, 739 neben der Verurteilung zur Leistung eine solche zur Duldung gefordert wird, während es sich in den §§ 736, 747 nur um Verurteilung zur Leistung handelt. Aber daraus, daß die §§ 737 und 739 die Notwendigkeit eines einzigen Vollstreckungstitels nicht aussprechen, ist meiner Ansicht nach noch nicht herzuleiten, daß die §§ 736 und 747 diese Notwendigkeit aussprechen. Daß seine Ansicht praktisch häufig zu ganz unangenehmen Konsequenzen führen wird, gibt Lux selbst zu: denn hier müßte ein Nachlaßgläubiger selbst dann alle Miterben verklagen, falls vielleicht alle bis auf einen, der die Leistung verweigert, bereit sind, sogenannte guarantigiierte Urkunden auszustellen, oder falls schon gegen sie einzelne Urteile vorliegen. Die Bedenken, die man gegen die andere Ansicht haben könnte, daß nämlich die Vollstreckungsorgane stets erst prüfen müßten, ob die vollstreckbaren Titel alle den gleichen Anspruch enthielten, und daß die Durchführbarkeit der Trennung der Kosten nur schwer möglich sei, fallen m. E. gegenüber dem oben Ausgeführten nicht so schwer ins Gewicht, daß man ihretwegen der Lux'schen Ansicht den Vorzug geben sollte. Darnach glaube ich, wird man einen Nachlaßgläubiger, der auf Grund des § 2058 gegen einen Miterben auf Leistung aus dem Nachlasse klagt, mit seiner Klage zuzulassen haben; die übrigen Erben werden durch die Verurteilung des Beklagten nicht berührt; vor einer Zwangsvollstreckung in den Nachlaß sind sie durch § 747 Z.-P.-O. geschützt. Ob und wie der Kläger aus dem Urteile trotz des § 747 Z.-P.-O. Befriedigung erlangt, ist für die Zulässigkeit der Klage belanglos.

Hiergegen könnte man vielleicht einwenden, daß gemäß § 929 B. G. B. zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache erforderlich sei, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen

soll. In der Verurteilung zur Übertragung des Eigentums liege also die Verurteilung zur Abgabe der zum Zwecke des Eintritts der Rechtsänderung nötigen Erklärung und zur Übergabe der Sache[1]). In dieser zur Einigung führenden Erklärung liege aber eine Verfügung, in einem Falle, wo ein Nachlaßgläubiger gegen einen Miterben auf Leistung einer Sache, in obigem Beispiele eines Buches, klagt, sei aber dem Beklagten die Verfügungsbefugnis durch § 2040 B. G. B. entzogen. Einer solchen Klage könne daher nicht stattgegeben werden; und selbst, wenn auch eine Übergabe bezw. die sie ersetzende zwangsweise Wegnahme wegen § 747 Z.-P.-O. nicht erfolge, so liege doch immer noch in der als abgegeben geltenden Einigungserklärung eine Verfügung. Dieser Einwand ist m. E. nicht stichhaltig. Auf den Begriff der Verfügung und auf die Frage, ob die Einigung eine Verfügung darstellt, will ich erst weiter unten eingehen. Hier sei nur folgendes erwähnt: § 929 B. G. B. sagt: Es ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache übergibt und beide einig sind; § 929 spricht also erstens von der Übergabe und zweitens von dem Einigsein. Mit dem Ausdrucke Einigsein bezeichnet das B. G. B. keinen Vorgang, sondern einen Zustand[2]). Die Übergabe bewirkt die Übertragung des Eigentums, wenn beide Parteien im Zeitpunkte der Übergabe Eigentum übertragen wollen. Eine Loslösung der Übergabe von der Einigung — von

[1]) In der Praxis geht der Klageantrag und die Verurteilung, wenn es sich um den Übergang des Eigentums an einer beweglichen Sache handelt, meist nur auf die Herausgabe der Sache. Der Inhalt dieser Verurteilung muß gemäß § 929 B. G. B. ein doppelter sein (vergl. Protokolle III, S. 205). Nach § 894 Z.-P.-O. gilt dann die Willenserklärung mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben: die Übergabe gilt, § 897 Z.-P.-O., als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache dem Schuldner wegnimmt, und nicht etwa erst, was früher streitig war, mit der Ablieferung an den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger.

[2]) Vergl. Eccius, in Gruchot Bd. 47, S. 52.

dem Spezialfall des § 929 S. 2 ist hier abzusehen ist nicht denkbar, und eine schon vor der Übergabe stattgehabte Einigung hat erst dann, und überhaupt nur dann, eine Bedeutung, wenn die Übergabe erfolgt und die Einigung zu dieser Zeit noch wirksam ist. Haben sich z. B. A und B dahin geeinigt, daß A dem B ein ihm gehörendes Pferd zum Eigentum übertragen soll, und übergibt auch nachher A dem B das Pferd, aber mit der Erklärung, daß er es ihm nur leihe, so geht auf B trotz der vorangegangenen Einigung kein Eigentum über. Kommt es nun aber zu keiner Übergabe, so gibt es auch keinen im Zeitpunkte der Übergabe herrschenden Zustand des Einigseins, und da im obigen Falle einer Übergabe bezw. einer zwangsweisen Wegnahme § 747 Z.-P.-O. entgegensteht, so kann von einer eine Verfügung darstellenden Einigung überhaupt keine Rede sein[1]).

Nun entsteht aber die Frage, ob und inwieweit sich die Sachlage ändert, wenn der Gläubiger auf Abgabe einer Willenserklärung zum Zwecke der Auflassung eines Grundstückes klagt. Handelt es sich hier überhaupt um eine Klage auf Leistung aus dem Nachlasse, d. h. erstens: Ist die Klage auf Abgabe einer Willenserklärung eine Leistungsklage? und zweitens: Richtet sie sich gegen den Nachlaß?

§ 5.

1. Bezüglich der ersten Frage herrscht Streit, indem die einen die Klage auf Abgabe einer Willenserklärung zu den (Bewirkungs-) Rechtsgestaltungsklagen[2]), die anderen sie zu den Leistungsklagen

[1]) Vergl. Hellwig „Anspruch und Klagerecht" S. 646/47.

[2]) So Seuffert a. a. O., II. Bd. Anm. zu 894; Kipp „Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen" S. 56; Gaupp-Stein a. a. O. I. Bd. S. 513.

zählen[1]). Unter Rechtsgestaltungsklagen versteht man diejenigen, die ein rechtsgestaltendes (konstitutives) Urteil verlangen, und als solche Urteile gelten diejenigen, welche eine Änderung des bestehenden Rechtszustandes bewirken, ohne daß es einer zwangsweisen Durchsetzung bedurfte. Leistungsklagen dagegen sind Klagen, in denen ein Leistungsurteil verlangt wird, d. h. ein Urteil, in welchem das Bestehen eines materiellrechtlichen Anspruchs des Klägers gegenüber dem Beklagten festgestellt und dem Beklagten aufgegeben wird, dem Anspruche zu genügen; diese Urteile allein bilden zur Zwangsvollstreckung geeignete Titel. Es ist nicht nur von theoretischer Bedeutung, ob das Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung mit den konstitutiven Urteilen auf eine und dieselbe Stufe zu stellen oder zu den Leistungsurteilen zu zählen ist. Bei den konstitutiven Urteilen kommt es darauf an, daß die von dem Richter zu vollziehende Rechtsänderung zur Zeit des Urteilserlasses möglich ist und dem Prozeßrichter zusteht[2]); im Nichtfalle darf das Urteil nicht erlassen werden. Ist dagegen das Urteil des § 894 Z.-P.-O. ein Leistungsurteil, dann hat der Prozeßrichter nur die Verpflichtung des Beklagten zur Abgabe der Erklärung zu prüfen. Ob durch das Urteil die Willenserklärung rechtswirksam ersetzt wird, kann aber garnicht der Prüfung des Prozeßrichters unterliegen, schon deshalb nicht, weil hierfür der Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils maßgebend ist; der Richter müßte also, wie Hellwig[3]) sehr richtig bemerkt, die Fähigkeit haben, die Zukunft vorauszusehen. Hierin zeigt sich bereits ein Unterschied zwischen den Urteilen aus § 894 und einem konstitutiven Urteil. Diejenigen, welche in der Klage auf Abgabe einer Willens-

[1]) So Hellwig a. a. O. S. 443 ff.; Kisch, Beitr. zur Urteilslehre S. 36 ff.

[2]) Vergl. Hellwig, a. a. O. S. 476.

[3]) Hellwig, a. a. O. S. 448.

erklärung eine Rechtsgestaltung erblicken, stützen nun ihre Ansicht besonders darauf, daß gemäß § 894: „Die Willenserklärung, zu deren Abgabe der Schuldner verurteilt ist, gilt mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben", die in der Klage begehrte Rechtsänderung durch eine Fiktion herbeigeführt werde; daß dieses Urteil daher ebensowenig einer Vollstreckung bedürfe, wie das irgend einer anderen Rechtsgestaltungsklage. Demgegenüber läßt sich zur Verteidigung der Klage auf Abgabe einer Willenserklärung als einer Leistungsklage folgendes anführen. Einmal spricht die Form des Klageantrages und des Urteils dafür, daß die Klage des § 894 eine Leistungsklage ist. In dem auf Abgabe einer Willenserklärung gerichteten Klageantrage heißt es stets: „Ich beantrage, den Beklagten zu verurteilen, folgende Erklärung abzugeben"; und das dem Antrage stattgebende Urteil lautet: „Beklagter wird verurteilt, folgende Erklärung abzugeben". Weder der Wortlaut noch der Sinn des Urteils gehen dahin, daß die vom Beklagten abzugebende Erklärung als abgegeben gelten solle, oder daß das Urteil die Erklärung ersetze. Dagegen geht der Klageantrag bei einer Rechtsgestaltungsklage, wenn es sich z. B. um Scheidung einer Ehe handelt, dahin, „die Ehe zu scheiden", und das Urteil lautet: „Die Ehe wird geschieden". Dieser Unterschied ist nicht ein bloß formeller, eine Form, deren Gebrauch, wie Seuffert[1]) meint, „sich aus dem Bestreben erklärt, das Urteil den in der Praxis vorherrschenden Leistungsurteilen formell anzupassen", vielmehr liegt das Unterscheidungsmerkmal darin, daß im Falle der Rechtsgestaltungsklage ein publizistischer Anspruch des Klägers gegen den Staat auf Herbeiführung einer dem Recht entsprechenden Lage vorliegt, während es sich im Falle des § 894 um einen privatrechtlichen Anspruch des

[1]) Seuffert, a. a. O. II. Bd. § 253,2.

Klägers gegen den Beklagten auf Abgabe einer Erklärung handelt, zu dessen Durchsetzung staatliche Hilfe in Anspruch genommen wird. Hieran schließt sich ein weiterer Unterschied an. Dem zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilten Beklagten ist es möglich, durch Abgabe der rechtsgeschäftlichen Erklärung die verlangte Rechtsänderung selbst herbeizuführen und so dem Urteile seine Wirkung zu nehmen, bei den Rechtsgestaltungsklagen ist dem Beklagten diese Möglichkeit in vielen Fällen überhaupt völlig entzogen, aber auch wo dies nicht der Fall ist, bleibt es immer noch verschieden, ob der Gläubiger ein Recht hat, von dem anderen Teile eine Mitwirkung zur Rechtsänderung zu verlangen (§ 894 und auch § 895 Z.-P.-O.) oder aber die Rechtsänderung selbst durch die Klage herbeizuführen. Und so sieht sich auch schließlich Seuffert[1]) zu dem Zugeständnis veranlaßt, daß „immerhin die Möglichkeit durch Befriedigung eines zivilrechtlichen Anspruchs der konstitutiven Wirkung des Urteils, zuvorzukommen, eine Eigentümlichkeit derjenigen Bewirkungsurteile bildet, welche auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung lauten. Bei anderen Bewirkungsurteilen besteht diese Möglichkeit nicht“ [2]).

Nun bleibt aber noch die Frage zu prüfen, ob denn in der Tat ein auf Abgabe der Willenserklärung lautendes Urteil nicht zu einer Zwangsvollstreckung führt. Unter Zwangsvollstreckung versteht man „die Tätigkeit staatlicher Organe, welche die zwangsweise Verwirklichung von Ansprüchen auf Leistung (Handlung oder Unterlassung, B. G. B. § 194) bezweckt“ [3]), oder, wie

[1]) Seuffert, a. a. O. § 253, 2, c, a.

[2]) Die dieser letzteren Behauptung entgegenstehenden Ausführungen Hellwigs (a. a. O. S. 466) erklären sich aus der verschiedenen Auffassung beider, welche Klagen zu den Rechtsgestaltungs- bezw. Leistungsklagen zu zählen sind.

[3]) So Gaupp-Stein, a. a. O. Vorbem. zum 8. Buch, S. 331.

Falkmann[1]) definiert, ein Verfahren zum Zwecke der „Verwirklichung einer dem Schuldner auferlegten Leistung mit Hilfe der vom Gesetze gewährten Zwangsmittel." Der Staat erzwingt also die dem Beklagten auferlegte Leistung; auf welche Weise dies geschieht, ist gleichgiltig. Es ist nicht nötig, das die Zwangsvollstreckung äußerlich wahrnehmbar wird, es ist auch nicht erforderlich, daß das Zwangsvollstreckungsverfahren sich äußerlich von dem scheidet, welches die Feststellung des Anspruchs zum Gegenstande hat, wenn auch zuzugeben ist, daß in der Regel Feststellung und Vollstreckung zwei getrennte Verfahrensarten bilden. Das Charakteristikum bleibt immer die Anwendung von Zwang. Gegen die Auffassung, daß die Fiktion des § 894 ein Akt der Vollstreckung sei, spricht also nicht der Umstand, daß das Vollstreckungsverfahren nicht wahrnehmbar in die Erscheinung trete; auch die Motive zur Z.-P.-O.[2]) stützen diese gegenteilige Ansicht nicht, wenn sie sagen, daß durch § 725 Abs. 1 (jetzt § 894) der Zwangsvollstreckung die Fälle gänzlich entzogen werden, in denen der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, da „an Stelle der Erklärung das rechtskräftige Urteil gilt". Denn hiermit meinen die Motive nur, das es nicht zu äußeren Zwangsmaßregeln gegen die Person des Schuldners komme, wie es sich auch in den Worten ausdrückt: „Der Zwang zur Erklärung würde den Gläubiger nur aufhalten, den Schuldner ohne Not belästigen." Da auch, wie schon erwähnt, ein zeitliches Auseinanderfallen des Feststellungs- und Vollstreckungsverfahrens nicht erforderlich ist[3]), so wird man gegen obige Auffassung auch nicht geltend machen können, daß, da mit der Rechtskraft des Urteils die Erklärung als abgegeben

[1]) Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, S. 5.

[2]) Vgl. die Materialien z. Z.-P.-O. und dem E.-G. zu derselben vom 30. 1. 1877, I. Abt. S. 466.

[3]) Ebenso Kisch, a. a. O. S. 38 f.

gilt, die Fiktion also unmittelbar mit der Rechtskraft zusammenhängt, für eine Vollstreckung gar kein Raum sei; ja, streng genommen, besteht wohl eine zeitliche Aufeinanderfolge, indem zunächst die Rechtskraft des Urteils eintritt und dann, wenn auch sofort im Anschlusse daran, die in der Fiktion bestehende Vollstreckung sich vollzieht. Wenn übrigens, wie aus § 898 Z.-P.-O. hervorgeht, auf einen Erwerb, der sich nach den §§ 894, 897 Z.-P.-O. vollzieht, die Vorschriften über rechtsgeschäftliche Verfügungen Anwendung finden, so wird dadurch an der Sachlage nichts geändert.[1])

Rein formalistisch könnte man weiterhin anführen, daß die Stellung des § 894 im besonderen Teile des 8. Buches der Z.-P.-O. darauf schließen läßt, daß die Vollstreckung eines unter § 894 fallenden Urteils gleichwertig neben die anderen Vollstreckungsarten tritt. Wichtiger ist aber folgendes Argument. Nach § 894 gilt mit der Rechtskraft des Urteils die Erklärung als abgegeben; in dieser Fiktion besteht also die Wirkung der zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilenden Entscheidung. Es fragt sich, wie weit diese Wirkung reicht. Die Antwort wird lauten müssen: die durch das Urteil ersetzte Erklärung wirkt allen dritten gegenüber ebenso, wie die vom Beklagten abgegebene Erklärung es getan hätte. Wäre dies nicht der Fall, dann wäre der Kläger, dem keine Möglichkeit gegeben ist, die reale Abgabe der Erklärung zu erzwingen (vgl. die oben angeführte Stelle aus den Materialien) in einer sehr mißlichen Lage, was vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann. Der Kläger soll vielmehr in jeder Hinsicht so gestellt sein, als hätte der Beklagte selbst die Erklärung abgegeben. Mit dieser Wirkung sind aber die Grenzen der Rechtskraft weit überschritten, denn das rechtskräftige Urteil wirkt nur zwischen den Parteien und innerhalb eines engbegrenzten Kreises

[1]) Vgl. Hellwig, a. a. O. S. 458.

gewisser Personen. Diese Erscheinung erklärt sich meiner Ansicht nach daraus, daß das die Erklärung ersetzende Urteil sich als ein Akt der Zwangsvollstreckung qualifiziert[1]).

Für die Ansicht, daß wir es in § 894 mit Vollstreckungswirkung und nicht mit Rechtskraftswirkung zu tun haben, spricht noch folgender Umstand: Nach § 895 gilt, wenn durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch oder das Schiffsregister erfolgen soll, die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs als bewilligt. Diese Fiktion ist zwar beschränkter als die des § 894, aber ihrer Art nach nicht verschieden von der des § 894. Da es sich hierbei um vorläufige Vollstreckbarkeit handelt, so ist es nicht gut möglich, diese zur Rechtskraft in Beziehung zu setzen. Ferner könnte man noch § 898 Z.-P.-O. zum Beweise der hier vertretenen Ansicht anführen. Nur wenn die Fiktion des § 894 sich als eine Zwangsmaßregel darstellt, hat es einen Sinn zu sagen, daß auf die Zwangsverfügung, die in der als abgegeben zu fingierenden Erklärung liegt, die Vorschriften über rechtsgeschäftliche Verfügungen Anwendung finden.

Schließlich sei noch auf § 726 Abs. 2 Z.-P.-O. hingewiesen. Wenn dieser Paragraph davon spricht, daß, wenn die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner abhängt, der Beweis, daß der Schuldner . . ., nur dann erforderlich ist, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht, so ist damit die Durchsetzung der Wirkung,

[1]) Vgl. Kipp, a. a. O. S. 70; Gaupp-Stein, a. a. O. II. Bd. Anm. zu § 894 I, 3; Hellwig, a. a. O. S. 456. Fischer, „Recht und Rechtsschutz“ S. 17 No. 1 sagt dagegen, daß § 894 keine Vollstreckungsvorschrift, sondern eine Bestimmung über die Wirkungen der Rechtskraft sei.

welche an die Rechtskraft des Urteils im Sinne des § 894 geknüpft ist, als Vollstreckung bezeichnet.

Aus alledem wird man den Schluß ziehen dürfen, daß die zwischen den konstitutiven und den auf Abgabe einer Willenserklärung lautenden Urteilen bestehende Ähnlichkeit, daß es nämlich bei beiden zu keinem in die Erscheinung tretenden Vollstreckungsakte kommt, etwas rein Äußerliches ist. In Wirklichkeit besteht zwischen beiden kein Zusammenhang. Bei den konstitutiven Urteilen setzt das Urteil den Erfolg, bei den Urteilen auf Abgabe einer Erklärung die Vollstreckung des Urteils. Und wenn auch die Wirkung des Urteils aus § 894 äußerlich an den Eintritt der Rechtskraft geknüpft ist, so ist sie ihrem Wesen nach doch keine Rechtskrafts- sondern Vollstreckungswirkung[1]).

In Erwägung des eben Ausgeführten möchte ich mich der Ansicht anschließen, daß die Klage auf Abgabe einer Willenserklärung eine Leistungsklage ist.

2. Auch die Frage, ob die Klage auf Abgabe einer Erklärung sich gegen den Nachlaß richtet, d. h. ob sie auf Leistung einer im Nachlasse befindlichen Sache geht, dürfte zu bejahen sein. Schließlich macht es doch prinzipiell keinen Unterschied, ob jemand auf Übertragung des Eigentums eines im Nachlasse befindlichen Buches und in diesem Falle liegt unstreitig eine Klage auf Leistung eines Nachlaßgegenstandes vor — oder eines zum Nachlasse gehörenden Grundstückes klagt. Nur die Art, in der zu klagen ist, ist verschieden, aber in letzter Reihe bezweckt auch die Klage auf Erteilung der Auflassung nichts anderes als Verschaffung des Eigentums einer Nachlaßsache.

[1]) Vergl. Gaupp-Stein, a. a. O. zu § 894 I, 3; Hellwig, a. a. O. S. 456.

§ 6.

Trotzdem man hiernach berechtigt ist, die Klage auf Erteilung der Auflassung als Klage auf Leistung einer im Nachlasse befindlichen Sache aufzufassen, ist es doch noch nicht zulässig, die oben dargelegten, für die gewöhnliche Leistungsklage für anwendbar erklärten Bestimmungen des § 2058 B. G. B. auf einen derartigen Fall ohne weiteres auszudehnen. Oben habe ich die Ansicht vertreten, daß die Klage eines Nachlaßgläubigers gegen einen Miterben auf Herausgabe eines Nachlaßgegenstandes auf Grund des § 2058 statthaft sei. Hier wird man noch einen Schritt weitergehen müssen. Nach § 894 Z.-P.-O. gilt mit der Rechtskraft des Urteils die Erklärung des Schuldners als abgegeben. Die Person des Schuldners wird dabei völlig umgangen; mit der Rechtskraft gestaltet sich die Sachlage so, wie sie sich sonst in dem Augenblicke gestaltet hätte, wo der Schuldner die gewünschte Erklärung abgegeben hätte. Nehmen wir an, A. klagt gegen B., einen von mehreren Miterben, auf Erteilung der Auflassung und B. wird dem Klageantrage gemäß verurteilt, dann würde mit dem Zeitpunkte der Rechtskraft des Urteils[1]) B. gewissermaßen die Erklärung selbst abgeben; es fragt sich, ob damit die zur Eigentumsübertragung an einem Grundstücke geforderte Einigung der §§ 873, 925 B. G. B. vollzogen ist, und ob in der Einigung eine Verfügung liegt, sodaß die Bestimmung des § 2040 B. G. B., wonach die Erben über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können, verletzt wäre. Es sei zunächst auf

[1]) Daß bei der Auflassungserteilung, also bei Abgabe einer Erklärung vor dem Grundbuchrichter (§ 925 B. G. B.) noch ein Zugehen der Erklärung (§ 130 B. G. B.) an das Grundbuchamt erforderlich ist, und daß diesem Erfordernis durch die nunmehr von dem Gläubiger zu bewirkende Vorlegung des rechtskräftigen Urteils Genüge geschieht, kommt hier nicht in Betracht.

die zweite Frage, ob die Einigung eine Verfügung enthält, eingegangen. Die Einigung ist, wie allgemein angenommen wird, ein Vertrag, nämlich die Willensübereinstimmung der Beteiligten bezüglich der dinglichen Rechtsänderung. Dagegen vertritt Eccius[1]) die Ansicht, daß erst die Einigung mit der Eintragung bezw. Übergabe als Vertrag zu bezeichnen sei. Der Entwurf I nannte im § 828 die Einigung geradezu einen Vertrag. Unter Verfügung[2]) versteht man dasjenige Rechtsgeschäft, welches unmittelbar auf die Übertragung, Belastung, Aufhebung oder Änderung eines Rechtes abzielt; so Planck, Cosack, Rechtsprechung der O.-L.-G.[3]).

Predari[4]) sagt kurz „eine Verfügung ist namentlich die Einigung des § 873 B. G. B.", und fügt hinzu: „Doch wirkt sie erst in Verbindung mit der Eintragung". Auch Planck ist der Ansicht, daß die Einigung eine Verfügung enthält, wenn auch zu ihrer Wirksamkeit noch die Eintragung hinzutreten muß[5]). Derselbe Standpunkt findet sich in einer Entscheidung der O.-L.-G. vertreten, wo ausgeführt ist, daß einem Rechtsgeschäfte, zu dessen Wirkung noch ein weiterer, nicht rechtsgeschäftlicher Tatumstand erforderlich ist, hierdurch der Charakter einer Verfügung nicht genommen wird[6]). Demgegenüber führt Eccius[7]) an, daß die Einigung ohne Eintragung rechtlich unerheblich sei;

[1]) Das Nähere vergl. Eccius, a. a. O. S. 51.

[2]) Das B. G. B. unterscheidet zwischen Verfügung und Verpflichtung zur Verfügung (§ 1445), indem es als Verfügung das dinglich wirkende Rechtsgeschäft und als Verpflichtung zur Verfügung das obligatorische Kausalgeschäft bezeichnet.

[3]) Planck „B. G. B." I. Bd. S. 148; Cosack „Lehrbuch" I. Bd. S. 149. Rechtsprechung Bd. VII S. 49.

[4]) Predari, „Die Grundbuchordnung" S. 189.

[5]) Planck, B. G. B., III. Bd. Anm. zu § 873, III in Verbindung mit S. 20; Bd. I S. 324.

[6]) Rechtsprechung, V. Bd. S. 418.

[7]) Eccius, a. a. O. S. 51 ff.

erst die zu der Einigung hinzutretende Eintragung schafft einen wirksamen Akt, erst beide zusammen stellen sich als eine Verfügung dar. Diese Ansicht ist m. E. die richtigere. Die bloße Einigung bedeutet gewissermaßen nur einen Anfang der Verfügung, aber noch nicht die Verfügung selbst. Folgt auf die Einigung nicht die Eintragung, dann tritt auch keine Änderung der Rechtslage ein. Der bisher Berechtigte behält trotz der erfolgten Einigung sein Recht in demselben Umfange, in dem es ihm bisher zugestanden hatte, und deswegen, glaube ich, ist man nicht berechtigt zu sagen, daß in der bloßen Einigung eine Verfügung enthalten sei. Für die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke enthält § 925 eine besondere Bestimmung; die Einigung des Veräußerers und des Erwerbers hat hier bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchrichter zu erfolgen. Man wird jedoch nicht annehmen dürfen, daß diese besondere Form das Wesen der Einigung gegenüber der des § 873 ändert, zumal da § 925 auf die nach § 873 erforderliche Einigung verweist. Die Auflassungserklärungen bilden nichts weiter als die für die Eintragung erforderliche Grundlage, eine hiervon losgelöste selbständige Wirkung ist der Auflassung nicht beizulegen. Wenn auch die die Auflassung erklärenden Parteien an ihre vor dem Grundbuchrichter abgegebenen Erklärungen gebunden sind, so bedeutet dies nur, daß ein einseitiger Widerruf ausgeschlossen und die Eintragung des Eigentumsüberganges gesichert sind. Mehr als diese Bindung schafft die Auflassung zunächst nicht[1]). Schließt sich an sie der Eintragungsantrag nicht an, so ist sie für den Grundbuchrichter nicht vorhanden. Sie läßt keinen Wechsel in der Person des Grundstückseigentümers eintreten, und erfolgt jetzt eine zweite Auflassung mit darauf folgendem

[1]) So Eccius, a. a. O. S. 58 f.

Antrage, so schließt sich an diese, nicht an die erste Auflassung der Eigentumsübergang an.

Betrachtet man nun aber die Sachlage vom Standpunkte derjenigen, die in der Einigung eine Verfügung erblicken, so bleibt zu prüfen, ob die von B (vgl. das obige Beispiel) abgegebene bezw. durch das Urteil ersetzte Erklärung überhaupt zu einer Einigung führt. Zunächst sei einmal festgestellt, daß die durch das Urteil ersetzte Erklärung nicht mehr und nicht minder wirkt, als die reale Erklärung des Schuldners selbst, und daß derjenige, der zur Auflassung verurteilt ist, eben nur verurteilt ist, die Auflassungserklärung abzugeben[1]). Die rechtlichen Folgen der Willenserklärung werden nach keiner Seite hin durch das Urteil betroffen. Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt Hellwig[2]), indem er erklärt, daß das Urteil die rechtswirksame Erklärung ersetzt, m. E. zu Unrecht. Nehmen wir z. B. an, ein Vormund will über ein Grunstück oder ein Recht an einem solchen verfügen; er bedarf dazu nach § 1821 Ziff. 1 B. G. B. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Dann könnte nach Hellwig dieses Erfordernis der Genehmigung des Vormundschaftsrichters ganz einfach dadurch illusorisch gemacht werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Verfügung erfolgen soll, gegen den Vormund klagt, und dieser ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen läßt. „Wäre es richtig", sagt daher Kipp[3]) treffend, „daß jedes Urteil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, natürlich auch zur Herstellung der Voraussetzungen der Wirksamkeit der Erklärungen verurteilte, so gäbe es Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung überhaupt nicht und der ganze § 779 (894) Z.-P.-O. wäre ein Schlag ins Wasser." Vorausgesetzt ist natürlich,

[1]) So Kipp, a. a. O. S. 60; Gaupp-Stein, a. a. O. II. Bd. Anm. zu § 894 II.

[2]) Hellwig, a. a. O. S. 450.

[3]) Kipp, a. a. O. S. 69.

daß eben nur auf Abgabe einer Willenserklärung geklagt wird. Ist die Klage gleichzeitig auf Herstellung gewisser Rechtsfolgen gerichtet, so handelt es sich nicht mehr um eine nur auf Abgabe einer Erklärung gerichteten Klage; dieser Fall spielt für uns keine Rolle.

Man wird die Frage, ob die von B als abgegeben zu fingierende Erklärung zur Einigung führt, zu verneinen haben. Auch Planck und die oben Genannten gehen ja doch davon aus, daß der die Einigung darstellende dingliche Vertrag rechtswirksam abgeschlossen wird, und dazu gehört auf der einen Seite der Berechtigte, auf der anderen der Erwerber des zu übertragenden Rechts. Die Befugnis zur Verfügung fließt, wie Planck[1]) selbst sagt, aus dem dinglichen Rechte, welches von der Verfügung betroffen wird; daher kann über ein Grunstück nur der Eigentümer verfügen. Will man also nicht mit Eccius sagen, daß eine Verfügung erst dann vorliegt, wenn zu der Einigung die Eintragung hinzugetreten ist, so wird man doch mindestens sagen müssen, daß in der Einigung nur dann eine Verfügung liegt, wenn unmittelbar auf die Einigung die Eintragung folgen kann. Daß Planck dieser Ansicht ist, zeigt sich auch daraus, daß er § 185 B. G. B. für dingliche Verträge, wie die Einigung, für anwendbar erklärt[2]). § 185 spricht davon, wann eine Verfügung wirksam ist bezw. wirksam wird, welche ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft. Planck kann hier also nur Fälle meinen, in denen zunächst eine Willenserklärung vorliegt, die zu keiner Einigung und damit auch zu keiner Verfügung führt; denn sonst könnte niemals der Fall eintreten, daß die Verfügung erst wirksam wird, zunächst also eine un-

[1]) Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, III. Bd. Anm. zu § 873.

[2]) In richtiger Konsequenz leugnet übrigens Eccius die Anwendbarkeit der Bestimmungen des allgemeinen Teils des B. G. B. über Vertragsschluß auf die Einigung, in der er ja keinen Vertrag sieht.

wirksame Verfügung, die als solche gar keine Verfügung ist, vorliegt. Wird also B verurteilt, die Auflassung zu erklären, so ist darin keine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand enthalten. Damit ist aber auch gleichzeitig die Frage beantwortet, ob auf eine Klage auf Erteilung der Auflassung die Bestimmungen der gewöhnlichen Leistungsklage, insbesondere § 2058 B. G. B., Anwendung finden können. Es steht, da, wie eben dargelegt, eine Verfügung in der Auflassungserklärung nicht liegen würde, nichts entgegen, die Frage zu bejahen[1]). Daß die durch das Urteil ersetzte Erklärung an sich rechtlich bedeutungslos ist, und für den Grundbuchrichter nicht genügen würde, eine Umschreibung im Grundbuche vorzunehmen, ist für den Prozeßrichter unerheblich; der Kläger mag selbst sehen, wie er zu seinem Rechte kommt. Im übrigen ist es aber wohl denkbar, daß dem Kläger auch ein solches Urteil nützt, wenn nämlich die anderen Miterben freiwillig ihre Auflassungserklärungen abgeben.

Diese Entscheidung hat m. E. mindestens den praktischen Vorteil, daß der Nachlaßgläubiger hiernach nicht gezwungen ist, auch solche Miterben zu verklagen, die bereit sind, die von ihnen verlangte Erklärung abzugeben. Hiergegen vertritt Lux[2]) die Ansicht, daß „die Einzelklage selbst in dem Falle nicht für zulässig erachtet werden kann, wo die verlangte Erklärung von einigen bereits abgegeben ist". Den gleichen Standpunkt, wie er hier eingenommen ist, hat in ähnlichen Fällen das Reichsgericht vertreten. In Band IX[3]) findet sich eine Reichsgerichtsentscheidung, der folgender Antrag zu Grunde lag: Beklagten (einen von mehreren Miterben) zu ver-

[1]) Vgl. Kress, a. a. O. S. 89. Demgegenüber vertritt Lux auch hier seinen schon oben erwähnten Standpunkt, das Nähere vgl. S. 70.

[2]) Lux, a. a. O. S. 57.

[3]) s. Bd. IX S. 272.

urteilen, das Grundstück . . . in Gemeinschaft mit den anderen Erben der Ehefrau S. dem Kläger vor dem Grundbuchamt aufzulassen. Auch hier verlangt ein Kläger von mehreren Miterben Verschaffung des Eigentums an einem Grundstücke; da einige Erben hierzu bereit sind, richtet er seine Klage nur gegen den sich widersetzenden Erben. Der Berufungsrichter verurteilte den Beklagten dem Klageantrage gemäß, und das Reichsgericht billigte diese Entscheidung. Auf die Zulässigkeit eines solchen Klageantrages ist zwar in der Entscheidung nicht näher eingegangen; aber deswegen bleibt es doch bemerkenswert, daß einem solchen Antrage stattgegeben wurde, und dazu noch unter der Herrschaft des preußischen Landrechts, wo doch, wie oben ausgeführt, das Gesamthandsprinzip viel stärker ausgebildet war als heute, und die Verfügung über einen Nachlaßgegenstand den Erben ebenfalls nur gemeinschaftlich zustand. Jedenfalls waren es wohl zum Teil praktische Erwägungen, die den Berufungs- und Revisionsrichter veranlaßten, dem Klageantrage stattzugeben; denn sonst hätte eben der Kläger klageweise auch gegen die Erben vorgehen müssen, gegen die er zu klagen gar keine Veranlassung hatte.

Eine ähnliche Entscheidung findet sich in der Juristischen Wochenschrift[1]). Dort hatte ein Nachlaßgläubiger, ebenfalls noch zur Zeit der Geltung des preußischen Landrechts, von vier Erben nur drei verklagt, weil die vierte Miterbin die eingeklagte Forderung anerkannt hatte. Es heißt da wörtlich, nach einem Hinweis auf § 127 Teil 1 Titel 17 des A. L.-R., wonach die Erben bei ungeteilter Erbschaft zu den Nachlaßschulden gemeinschaftlich verpflichtet sind: „Auch die Einschränkung, daß die Verurteilung nur zu einer Zahlung in Gemeinschaft mit der Ehefrau

[1]) Juristische Wochenschrift 26. Jahrgang. Berlin 1897, S. 332.

des Kl. verlangt wird, würde an sich nicht genügen, den Mangel der Passivlegitimation zu beheben, da das so ergehende Urteil gegen die Ehefrau des Kl. nicht vollstreckbar sein würde. Die Passivlegitimation ist aber um deshalb als geführt anzusehen, weil die Ehefrau des Kl., wie von den Beklagten nicht bestritten wird, die eingeklagte Forderung anerkennt. Es ist daher anzunehmen, daß ihr gegenüber die prozessualische Feststellung überhaupt nicht erforderlich werden wird, sodaß sich die Klageerhebung gegen sie erübrigt." Die Begründung an dieser Entscheidung scheint mir mehr praktischen als juristischen Gesichtspunkten zu entspringen. Es ist nicht stichhaltig, die Passivlegitimation als vorliegend zu erachten, nur deshalb weil die Miterbin die Forderung anerkennt. Damit ist noch nicht die Sicherheit geschaffen dafür, daß die Erbin nicht noch nachher dem Gläubiger gegenüber die Forderung bestreitet, oder sonst irgend welche Schwierigkeiten in den Weg legt. Es ist „anzunehmen", heißt es auch nur, daß ihr gegenüber die prozessualische Feststellung nicht erforderlich werden wird; eine solche Begründung wird mehr aus loyalen Erwägungen heraus, als von dem Standpunkte eines strengen Rechtsgrundsatzes zu erklären sein. Und in der Tat wird der Richter bei dieser Entscheidung nicht zum wenigsten der Erwägung Rechnung getragen haben, daß es unbillig wäre, jemanden zu einer Leistung zu verurteilen, die er freiwillig machen will. Vergleiche hierzu auch noch Gruchot[1]).

[1]) Gruchot, Beitr. Bd. 37 S. 914.